الممتع في شرح المقنع

تصنيف

زين الدين المنجى بن عثمان بن أسعد ابن المنجى

التنوخي الحنبلي

٦٣١- ٦٩٥هـ

الجزء الثاني

دراسة وتحقيق

د. عبد الملك بن عبد الله بن دهيش

د . عبدالملك بن دهيش

الطبعة الأولى ١٤١٧هـ، ١٩٩٧م

الطبعة الثانية ١٤١٨هـ ، ١٩٩٧م

الطبعة الثالثة ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م

يطلب من مكتبة الأسدي
مكة المكرمة هاتف: ٥٥٧٠٥٠٦ - ٥٥٧٥٢٤١


بسم الله الرحمن الرحيم



كتاب الصيام

الصيام في اللغة: الإمساك. قال الله تعالى: {إني نذرت للرحمن صوماً} [مريم:٢٦] أي صمتاً؛ لأنه إمساك عن الكلام.

قال الشاعر:

خيل صيام وخيل غير صائمة   تحت العَجاج وأخرى تعلك اللجمان

وفي الشرع: إمساك عن أشياء مخصوصة في وقت مخصوص . وسنبين ذلك إن شاء الله تعالى.

قال المصنف رحمه الله: (يجب صوم شهر رمضان برؤية الهلال . فإن لم يُر مع الصحو أكملوا عدة شعبان ثلاثين يوماً ثم صاموا . وإن حال دون منظره غيم أو قتر ليلة الثلاثين وجب صيامه بنية رمضان في ظاهر المذهب. وعنه لا يجب. وعنه الناس تبع للإمام فإن صام صاموا).

أما كون شهر رمضان يجب فالأصل فيه الكتاب والسنة والإجماع: أما الكتاب فقوله تعالى: {يا أيها الذين ءامنوا كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم -إلى قوله تعالى-: فمن شهد منكم الشهر فليصمه} [البقرة:١٨٣-١٨٥].

وأما السنة فما روي أن النبي ﷺ قال: « بني الإسلام على خمس: شهادةِ أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله ، وإقام الصلاة ، وإيتاء الزكاة ، وصوم رمضان ، وحج البيت من استطاع إليه سبيلا »[1] متفق عليه.

وروي « أن أعرابياً قال لرسول الله ﷺ: ماذا فرض الله عليّ من الصيام ؟ فقال: شهر رمضان... مختصر »[2] رواه البخاري.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٨) ١: ١٢ كتاب الإيمان، باب الإيمان وقول النبي ﷺ: «بني الإسلام على خمس».

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٦) ١: ٤٥ كتاب الإيمان، باب بيان أركان الإيمان كلاهما من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٦) ١: ٢٥ كتاب الإيمان، باب الزكاة من الإسلام.

⇦

وأما كون الإجماع فأجمع المسلمون على وجوب صوم شهر رمضان.

وأما كونه يجب برؤية الهلال فلما تقدم من قوله تعالى: {فمن شهد منكم الشهر فليصمه} [البقرة:١٨٥].

ولقوله عليه السلام: «صوموا لرؤيته... مختصر»[١] رواه الترمذي. وقال: هذا حديث حسن صحيح.

وأما كون الناس يُكْمِلون عدة شعبان إذا لم يُر الهلال مع الفجر فـ «لأن النبي ﷺ أمر بالصيام عند رؤيته» ولم يوجد.

ولأن الأصل بقاء شعبان ولم يوجد ما يعارض فيه ولا ما يحتمل معه خروجه فوجب تكميله كسائر الأشهر.

وقول المصنف رحمه الله: فإن لم ير مع الصحو يحترز به عما إذا لم ير مع الغيم فإنه لا يجب إكمال شعبان لما يذكر بعد إن شاء الله تعالى.

وقوله: ثلاثين يوماً بيان للعدة التي تكمل.

وأما كونهم يصومون إذا كملوا عدة شعبان فلأن عدة شعبان إذا تكملت تحقق دخول شهر رمضان.

وأما كونهم إذا حال دون منظر الهلال غيم أو قتر ليلة الثلاثين من شعبان يجب عليهم صيامه في ظاهر المذهب ؛ فلما يأتي.

وأما كونهم لا يجب عليهم صيامه في روايةٍ ؛ فلما روى أبو هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته . فإن غم عليكم فأكملوا عدة شعبان ثلاثين يوماً»[٢] رواه البخاري.

⇨

وأخرجه مسلم في صحيحه (١١) ١: ٤٠ كتاب الإيمان، باب بيان الصلوات التي هي أحد أركان الإسلام.

(١) أخرجه الترمذي في جامعه (٦٨٨) ٣: ٧٢ كتاب الصوم، باب ما جاء أن الصوم لرؤية الهلال والإفطار له.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (١٨١٠) ٢:٦٧٤ كتاب الصوم، باب قول النبي ﷺ: «إذا رأيتم الهلال فصوموا وإذا رأيتموه فأفطروا».

و «لأن النبي ﷺ نهى عن صوم يوم الشك»[1] ، وهذا يوم شك.

ولأن الأصل بقاء شعبان.

وأما كون الناس تبعاً للإمام إن صام صاموا وإن أفطر أفطروا في روايةٍ فلقوله عليه السلام: «الصوم يوم تصومون والفطر يوم تفطرون والأضحى يوم تضحون»[2] . قال الترمذي: هو حديث حسن غريب.

والأول هو الصحيح في المذهب . واختاره أكثر شيوخنا لما روى نافع عن ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: «إنما الشهر تسعة وعشرون يوماً فلا تصوموا حتى تروه ولا تفطروا حتى تروه . فإن غم عليكم فاقدروا له»[3] متفق عليه.

قال نافع: «كان عبدالله بن عمر إذا مضى من شعبان تسعة وعشرون يوماً يبعث من ينظر له الهلال فإن رؤي فذاك وإن لم ير ولم يحل دون منظره سحاب أو قتر أصبح مفطراً . وإن حال دون منظره سحاب أو قتر أصبح صائماً»[4] رواه أبو داود.

ومعنى: اقدروا له ضيقوا له العدد . ومنه قوله تعالى: ﴿ومن قدر عليه رزقه﴾ [الطلاق:٧] أي ضيق عليه ، ﴿وقَدِّرْ في السَّرْد﴾ [سبأ:١١] أي ضيق . والتضييق له أن يجعل شعبان تسعة وعشرين يوماً وقد فسره ابن عمر بفعله وهو أعلم بمعاني كلام رسول الله ﷺ فيجب الرجوع إليه كما رُجع إليه في تفسير خيار المتبايعين.

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢٣٣٤) ٢:٣٠٠ كتاب الصوم، باب كراهية صوم يوم الشك. بلفظ: عن صلة قال: «كنا عند عمار في اليوم الذي يُشك فيه فأتى بشاة فتنحى بعض القوم فقال عمار: من صام هذا اليوم فقد عصى أبا القاسم ﷺ».

وأخرجه الترمذي في جامعه (٦٨٦) ٣: ٧٠ كتاب الصوم، باب ما جاء في كراهية صوم يوم الشك. نحوه.

وأخرجه النسائي في سننه (٢١٨٨) ٤:١٥٣ كتاب الصيام، صيام يوم الشك. نحوه.

وأخرجه ابن ماجة في سننه (١٦٤٥) ١:٥٢٧ كتاب الصيام، باب ما جاء في صيام يوم الشك. نحوه.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٢٣٢٤) ٢: ٢٩٧ كتاب الصوم، باب إذا أخطأ القوم الهلال.

وأخرجه الترمذي في جامعه (٦٩٧) ٣: ٨٠ كتاب الصوم، باب ما جاء الصوم يوم تصومون...

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (١٨٠٨) ٢: ٦٧٤ كتاب الصوم، باب قول النبي ﷺ: «إذا رأيتم الهلال فصوموا وإذا رأيتموه فأفطروا».

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٠٨٠) ٢: ٧٥٩ كتاب الصيام، باب وجوب صوم رمضان لرؤية الهلال...

(٤) أخرجه أبو داود في سننه (٢٣٢٠) ٢: ٢٩٧ كتاب الصوم، باب الشهر يكون تسعاً وعشرين.

وعن عائشة وأبي هريرة: «لأن أصوم يوماً من شعبان أحب إليّ من أن أفطر يوماً من رمضان»[1].

وحديث أبي هريرة الأول رواه عنه سعيد بن المسيب: «فإن غم عليكم فصوموا ثلاثين»[2] وروايته أولى بالتقديم جمعاً بينه وبين حديث ابن عمر ، وليس هذا بيوم شك وفاقاً لأن الشك ما استوى طرفاه وليس هذا اليوم كذلك لأنه عندنا راجح الرمضانية وعند الغير راجح الشعبانية.

فعلى هذا يجب عليهم صيامه بنيةٍ من رمضان لأنه منه لما تقدم . أشبه ما لو ثبت بالرؤية.

قال: (وإذا رؤي الهلال نهاراً قبل الزوال أو بعده فهو لليلة المقبلة).

أما كون الهلال المرئي نهاراً لليلة المقبلة فلما روى أبو وائل شقيق بن سلمة قال: «جاءنا كتاب عمر ونحن بخانقين : إن الأهلة بعضها أكبر من بعض، فإذا رأيتم الهلال نهاراً فلا تفطروا، حتى تمسوا، إلا أن يشهد رجلان مسلمان أنهما رأياه بالأمس عشية»[3]. رواه الدارقطني.

وأما كون الرؤية المذكورة قبل الزوال وبعده لليلة المقبلة فلشمول قول عمر ذلك.

وفي تصريح المصنف رحمه الله: بقبل الزوال وبعده إشارة إلى الرد على القاضي فإنه يقول: إن كان قبل الزوال في أول الشهر فهو لليلة الماضية لقربة منها ووجود الاحتياط للصوم وإن كان في آخره ففيه روايتان:

إحداهما: هو للماضية نظراً إلى القرب.

والثانية: هو للمستقبلة نظراً إلى الاحتياط في الصوم.

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٤: ٢١١ كتاب الصيام، باب من رخص من الصحابة في صوم يوم الشك.

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه (١٠٨١) ٢:٧٦٢ كتاب الصيام، باب وجوب صوم رمضان لرؤية الهلال...

(٣) أخرجه الدارقطني في سننه (١٠) ٢: ١٦٩ كتاب زكاة الفطر، باب الشهادة على رؤية الهلال.

قال: (وإذا رأى الهلال أهل بلد لزم الناس كلهم الصوم ويقبل في هلال رمضان قول عدل واحد ولا يقبل في سائر الشهور إلا عدلان).

أما كون الناس كلهم يلزمهم صوم رمضان برؤية أهل بلد من البلاد فلأنه بذلك ثبت كونه من رمضان فيجب صومه لما تقدم من النصوص الدالة على وجوب ذلك.

ولأن الشهر في الحقيقة ما بين الهلالين وهذا اليوم بين الهلالين.

ولأنه من الشهر في سائر الأحكام من حلول الديون ووجوب النذور ووقوع الطلاق والعتق وغير ذلك من الأحكام وكذلك في الصوم.

وأما كون قول العدل الواحد في هلال شهر رمضان يقبل فلما روى ابن عمر قال: «تراءى الناس الهلال فأخبرت رسول الله ﷺ أني رأيته فصام وأمر الناس بالصيام»[1] رواه بمعناه أبو داود.

وروى ابن عباس «أن أعرابياً من الحرة قال للنبي ﷺ: إني رأيت الهلال . قال: أتشهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله؟ قال: نعم. قال: يا بلال ! أذن في الناس فليصوموا غداً»[2] رواه بمعناه أبو داود والنسائي.

ولأنه خبر فيما طريقه المشاهدة يدخل به في الفريضة فقبل من واحد كوقت الصلاة.

وأما كونه لا يقبل في سائر الشهور إلا عدلان فلأن ابن عمر وابن عباس قالا: «إن رسول الله ﷺ كان لا يجيز على شهادة الإفطار إلا شهادة رجلين»[3].

ولأن ذلك ليس بمال ولا يقصد به المال ولا احتياط فيه فلم يقبل فيه إلا شهادة رجلين كالحدود والقصاص ، وكان القياس يقتضي أنه لا يقبل في رمضان إلا ذلك لكن ترك للاحتياط كالغيم.

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢٣٤٢) ٢: ٣٠٢ كتاب الصوم، باب في شهادة الواحد على رؤية هلال رمضان.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٢٣٤٠) ٢:٣٠٢ كتاب الصوم، باب في شهادة الواحد على رؤية هلال رمضان.

وأخرجه النسائي في سننه (٢١١٣) ٤:١٣٢ كتاب الصيام، باب قبول شهادة الرجل الواحد على هلال شهر رمضان وذكر الاختلاف فيه.

(٣) أخرجه الدارقطني في سننه (٣) ٢: ١٥٦ كتاب الصيام . قال الدراقطني : تفرد به حفص بن عمر الأبلي أبو إسماعيل ، وهو ضعيف الحديث .

قال: (وإذا صاموا بشهادة اثنين ثلاثين يوماً فلم يروا الهلال أفطروا ، وإن صاموا بشهادة واحد فعلى وجهين. وإن صاموا لأجل الغيم لم يفطروا).

أما كون الناس إذا صاموا ثلاثين يوماً بشهادة عدلين و لم يروا الهلال يفطرون فلأن النبي ﷺ قال: «وإن شهد شاهدان [فصوموا وأفطروا»[1] رواه النسائي.

وأما الفطر إذا صاموا بشهادة واحد لا يجوز][2] على وجهٍ فلأن مفهوم قوله ﷺ: «وإن شهد شاهدان فصوموا وأفطروا» يدل على أنه لا يفطر بشهادة الواحد لأنه صوم يستند إلى شهادة واحد فلم يجز كما لو شهد برؤية هلال شوال.

وأما كونهم يفطرون على وجهٍ فلأن الصوم إذا ثبت وجب الفطر لاستكمال العدة لا بالشهادة ، كالولادة تثبت بشهادة النساء ويترتب عليها النسب ، وإن لم يثبت بشهادتهن.

وأما كونهم إذا صاموا لأجل الغيم لا يفطرون فلأن صومهم كان لأجل الاحتياط فلا يجوز الخروج منه بمثل ذلك.

قال: (ومن رأى هلال رمضان وحده ورُدّت شهادته لزمه الصوم، وإن رأى هلال شوال وحده لم يفطر).

أما كون من رأى هلال رمضان وحده ورُدّت شهادته يلزمه الصوم فلأنه تيقن أنه من رمضان فلزمه صومه كما لو حكم به الحاكم.

وأما كون من رأى هلال شوال وحده لا يفطر فلما روى أبو رجاء مولى أبي قلابة «أن رجلين قدما المدينة وقد رأيا الهلال وقد أصبح الناس صياماً فأتيا عمر فذكرا ذلك له . فقال لأحدهما: أصائم أنت؟ قال: لا بل مفطر . قال: ما حملك على هذا؟ قال: لم أكن لأصوم وقد رأيت الهلال. وقال للآخر قال: أنا صائم. قال: ما حملك

---

(١) أخرجه النسائي في سننه (٢١١٦) ٤:١٣٢ كتاب الصيام، باب قبول شهادة الرجل الواحد على هلال شهر رمضان.

وأخرجه أحمد في مسنده (١٨٤١٦) ط إحياء التراث . وفيه : «وإن شهد شاهدان مسلمان ... ».
كلاهما عن عبدالرحمن بن زيد بن الخطاب ، عن أصحاب رسول الله ﷺ .

(٢) ساقط من ب.

على هذا؟ قال: لم أكن لأفطر والناس صيام فقال للذي أفطر: لولا مكان هذا لأوجعت رأسك . ثم نودي في الناس أن اخرجوا))[1].

وإنما أراد ضربه لإفطاره برؤيته ، ورفع الضرب عنه لأجل كمال الشهادة به وبصاحبه ولو جاز الفطر لما أنكر عليه ولا توعده.

قال: (وإذا اشتبهت الأشهر على الأسير تحرى وصام ، فإن وافق الشهر أو ما بعده أجزاه وإن وافق قبله لم يجزئه).

أما كون الأسير إذا اشتبهت عليه الأشهر يتحرى . وهو : أن يجتهد في معرفة شهر رمضان فلأنه أمكنه تأدية فرضه بالاجتهاد فلم يجز بدونه كاستقبال القبلة.

وأما كونه إذا اجتهد فوافق الشهر يجزئه فكما إذا اجتهد في القبلة وصلى فوافق القبلة.

وأما كونه إذا اجتهد فوافق بعده يجزئه فكما إذا اجتهد في دخول الصلاة فوافق بعده.

وأما كونه إذا اجتهد فوافق قبله لا يجزئه فلأنه أتى بالعبادة قبل وقتها فلم تجزئه كالصلاة.

قال: (ولا يجب الصوم إلا على المسلم العاقل البالغ القادر على الصوم، ولا يجب على كافر ولا مجنون ولا صبي ولكن يؤمر به إذا أطاقه ويضرب عليه ليعتاده).

أما كون الصوم لا يجب على غير المسلم البالغ العاقل القادر فلأن الإسلام والبلوغ والعقل والقدرة شروط لوجوب الصوم و لم يوجد.

أما كون الإسلام من شروطه فلأن الصوم عبادة محضة ، يفتقر إلى النية فكان من شروطها الإسلام كالصلاة.

وأما كون البلوغ والعقل من شروطه فلقوله عليه السلام: ((رفع القلم عن ثلاث : عن الصبي حتى يبلغ ، وعن المجنون حتى يفيق... الحديث))[2].

---

(١) أخرجه عبدالرزاق في مصنفه (٧٣٣٨) ٤: ١٦٥ كتاب الصيام، باب أصبح الناس صياماً وقد رُئي الهلال.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٤٤٠١) ٤:١٤٠ كتاب الحدود، باب في المجنون يسرق أو يصيب حداً، عن ابن عباس.

⇦

وأما كون القدرة من شروطه فلأن العاجز عن الشيء لا يكلف به . قال الله تعالى: {لا يكلف الله نفساً إلا وسعها} [البقرة:٢٨٦].

وأما كون الصبي يؤمر به إذا أطاقه فلأنه روي عن النبي ﷺ أنه قال: « إذا أطاق الغلام صيام ثلاثة أيام وجب عليه صيام شهر رمضان »[1].

فإن قيل: أمر الصبي أمر إيجاب أو لا؟

قيل: ظاهر المذهب أنه أمر استحباب لما تقدم من اشتراط البلوغ في وجوب الصوم ، والحديث من باب إطلاق الواجب على المندوب كقوله عليه السلام: « الوتر حق »[2] لأن فيه جمعاً بينه وبين قوله: « رفع القلم... الحديث »[3].

وقال بعض أصحابنا: هو واجب لظاهر الحديث ، وقياساً على الصلاة .

والأول أصح لما فيه من الجمع بين الأدلة.

وأما كونه يضرب على الصوم ليعتاده فلما علل المصنف رحمه الله من الاعتياد . وقد تقدم ذكره في الصلاة.

وأما كون الصوم يجب على من اجتمع فيه الإسلام والبلوغ والعقل والقدرة فللأدلة الدالة على وجوبه السالمة عن معارضة ما ذكر في غير مَن هذا شأنه.

⇨

وأخرجه النسائي في سننه (٣٤٣٢) ٦:١٥٦ كتاب الطلاق، باب من لا يقع طلاقه من الأزواج.

وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٠٤١) ١:٦٥٨ كتاب الطلاق، باب طلاق المعتوه والصغير والنائم، كلاهما من حديث عائشة.

(١) أخرجه عبدالرزاق في مصنفه (٧٣٠٠) ٤: ١٥٤ كتاب الصيام، باب متى يؤمر الصبي بالصيام. عن محمد بن عبدالرحمن بن لبيبة عن جده أن النبي ﷺ قال: « إذا صام الغلام ثلاثة أيام متتابعة ، فقد وجب عليه صيام شهر رمضان ».

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (١٤١٩) ٢:٦٢ كتاب الوتر، باب فيمن لم يوتر.

وأخرجه النسائي في سننه (١٧١١) ٣:٢٣٨ كتاب قيام الليل وتطوع النهار.

وأخرجه ابن ماجة في سننه (١١٩٠) ١:٣٧٦ كتاب إقامة الصلاة والسنة فيها، باب ما جاء في الوتر بثلاث وخمس وسبع وتسع.

(٣) سبق تخريجه قريباً.

قال: (وإذا قامت البينة بالرؤية في أثناء النهار لزمهم الإمساك والقضاء. وإن أسلم كافر أو أفاق مجنون أو بلغ صبي فكذلك. وعنه لا يلزمهم شيء).

أما كون الإمساك يلزم الناس إذا قامت البينة في أثناء النهار فلأن الصوم الشرعي عبارة عن الإمساك عن المفطرات بنية من الليل فإذا لم يمكن أن يأتوا بجميع ذلك وجب أن يأتوا بما يقدرون عليه من إمساك بقية اليوم لقوله ﷺ: «إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم»[1].

ولأنه من رمضان فلزمهم إمساك بقيته كما لو تعمدوا الأكل في يوم آخر منه.

وأما كون القضاء يلزمهم فلأنه ثبت كون هذا من رمضان ولم يأتوا فيه بصوم صحيح فلزمهم قضاؤه لقوله تعالى: {فعدة من أيام أخر} [البقرة:١٨٥].

وأما كون الإمساك والقضاء إذا أسلم كافر في أثناء النهار أو أفاق مجنون أو بلغ صبي كما إذا قامت البينة بالرؤية على المذهب ؛ فلأنه وجد سبب إيجاب الصوم في أثناء اليوم أشبه المسلم قبلها.

وأما كونهم لا يلزمهم شيء على روايةٍ فلأنه نهار أبيح لهم فطر أوله ظاهراً وباطناً فلم يلزمهم إمساكه ولا قضاؤه كما لو استمر العذر .

وظاهر المذهب الأول : أما الإمساك فلحرمة رمضان ، وأما القضاء فلأنهم أدركوا جزءاً من وقت العبادة فلزمهم قضاؤه كما لو أدركوا جزءاً من وقت الصلاة.

قال: (وإن بلغ الصبي صائماً أتم ولا قضاء عليه عند القاضي، وعند أبي الخطاب عليه القضاء).

أما كون الصبي المذكور يتم فلأنه نوى الصوم وقد صار من أهله.

ولأنه لو كان مفطراً لزمه إمساك بقية يومه فلأن يلزمه إتمامه وهو صائم بطريق الأولى.

وأما كونه لا قضاء عليه على الخلاف فمبني على إجزاء ذلك اليوم وفيه وجهان:

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٦٨٥٨) ٦: ٢٦٥٨ كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة، باب الاقتداء بسنن رسول الله ﷺ.

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٣٣٧) ٢: ٩٧٥ كتاب الحج، باب فرض الحج مرة في العمر.

أحدهما: يجزئه . قاله القاضي لأنه حصلت له نية رمضان من الليل فيجزئه كالبالغ.

وثانيهما: لا يجزئه . قاله أبو الخطاب لأنه ببلوغه يلزمه صوم جميعه والماضي قبل بلوغه نفل فلا يجزئ عن الفرض كما لو بلغ في أثناء الصلاة.

قال: (وإن طهرت حائض أو نفساء أو قدم المسافر مفطراً فعليهم القضاء. وفي الإمساك روايتان).

أما كون من ذكر عليهم القضاء فلأنه يجب على الحائض والنفساء والمسافر مع استمرار العذر لقوله تعالى: {ومن كان مريضاً أو على سفر فعدة من أيام أخر} [البقرة: ١٨٥] ، وقول عائشة: «كنا نؤمر بقضاء الصوم ولا نؤمر بقضاء الصلاة»[(١)] فمع انقطاعه بطريق الأولى.

وأما كونهم عليهم الإمساك في روايةٍ فلأنه وجد ما يوجب الصوم في أثناء النهار أشبه ما لو ثبتت الرؤية في أثناء النهار.

وأما كونهم لا إمساك عليهم في روايةٍ فلأنه روي عن ابن مسعود: «من أكل أول النهار فليأكل آخره»[(٢)].

ولأن من ذكر يباح له الأكل أول النهار ظاهراً وباطناً بخلاف ما إذا ثبتت الرؤية في أثناء النهار.

قال: (ومن عجز عن الصوم لكبر أو مرض لا يرجى برؤه أفطر وأطعم عن كل يوم مسكيناً).

أما كون من عجر عن الصوم لكبر يفطر فلما تقدم من أنه لا يجب عليه.

ولأن الفطر إذا جاز للمريض فلأن يجوز للعاجز بطريق الأولى.

---

(١) أخرجه مسلم في الحيض، باب وجوب قضاء الصوم على الحائض دون الصلاة ٢٦٥:١/٣٣٥.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٩٣٤٣) ٢: ٣١٠ كتاب الصيام، في المسافر يقدم أول النهار من رمضان.

وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٤:٢١٦ كتاب الصيام، باب من أكل وهو يرى أن الفجر لم يطلع ثم بان أنه كان قد طلع.

وأما كون من عجز عنه لمرض لا يرجى برؤه يفطر فلأنه إذا جاز للمريض الذي يرجى برء مرضه فلأن يجوز للمريض الذي لا يرجى برء مرضه بطريق الأولى.

وأما كون الكبير يطعم عن كل يوم مسكيناً فلأن الله تعالى قال: {وعلى الذين يطيقونه فدية طعام مسكين} [البقرة:١٨٤].

قال ابن عباس: «نسخت إلا في حق الشيخ الكبير والعجوز»[1].

ولأنه صوم واجب في الأصل فجاز أن ينوب عنه المال كصوم الكفارة.

وأما كون المريض يطعم كذلك فلأنه في معنى العاجز لكبر.

قال: (والمريض إذا خاف الضرر والمسافر استحب لهما الفطر وإن صاما أجزأهما. ولا يجوز أن يصوما في رمضان عن غيره).

أما كون المريض والمسافر يستحب لهما الفطر فيقتضي أمرين:

أحدهما: جوازه. والآخر: رجحانه.

أما الجواز فلأن الله تعالى قال: {ومن كان مريضاً أو على سفر فعدة من أيام أُخَر} [البقرة:١٨٥].

وعن النبي ﷺ: «إن الله وضع عن المسافر الصوم»[2] رواه الترمذي. وقال: حديث حسن.

وللجواز المذكور في المريض شرط وهو أن يخاف الضرر مثل أن يخاف زيادة مرضه أو تباطؤ برؤه . فإن لم يخف ذلك لم يبح له الفطر لأن المبيح له العذر وهو مفقود هنا.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٢٣٥) ٤: ١٦٣٨ كتاب التفسير، باب قوله: {أيام معدودات فمن كان منكم مريضاً...}. عن عطاء « سمع ابن عباس يقرأ: وعلى الذين يُطَوَّقُونَه فلا يطيقونه {فدية طعام مسكين} قال ابن عباس: ليست بمنسوخة هو الشيخ الكبير والمرأة الكبيرة لا يستطيعان أن يصوما فيطعمان مكان كل يوم مسكينا ».

وأخرجه عبدالرزاق في مصنفه (٧٥٧٤) ٤: ٢٢١ كتاب الصيام، باب الشيخ الكبير. عن مجاهد عن ابن عباس «أنه كان يقرؤها: {وعلى الذين يُطَوَّقُونَه} ويقول: هو الشيخ الكبير الذي لا يستطيع الصيام ، فيفطر ويطعم عن كل يوم مسكيناً... ».

(٢) أخرجه الترمذي في جامعه (٧١٥) ٣: ٩٤ كتاب الصوم، باب ما جاء في الرخصة في الأفطار للحبلى والمرضع.

فإن قيل: الآية عامة .

قيل: تخصص بما ذكر.

وأما رجحان الفطر فلأنه أخف عليهما وفيه قبول رخصة الله تعالى ولذلك قال النبي ﷺ: « ما خيرت بين أمرين إلا اخترت أيسرهما »[١].

وفي الحديث: « ليس من البر الصوم في السفر »[٢] متفق عليه.

وقال عليه السلام: « خيركم الذي يفطر في السفر »[٣].

وأما كون المريض والمسافر إذا صاما أجزأهما فلأن الصوم عزيمة فإذا تحملاها أجزأتهما كالذي تسقط عنه الجمعة لمرضه فتكلف وحضر ، وكالذي يعجز عن القيام في الصلاة فيتكلف ويقوم.

وفي الحديث أن النبي ﷺ قال لحمزة بن عمرو الأسلمي وقد سأله عن الصوم في السفر: « ومن أحب أن يصوم في السفر فلا جناح عليه »[٤] رواه مسلم.

وعن أنس: « كنا نسافر مع رسول الله ﷺ فلم يَعِب الصائم على المفطر ولا المفطر على الصائم »[٥].

وعن عائشة قالت: « يا رسول الله! أفطرتَ وصمتُ قال: أحسنتِ »[٦].

وأما كونهما لا يجوز أن يصوما في رمضان عن غيره فلأن الفطر أبيح تخفيفاً فإذا لم يريدا التخفيف لزمهما الإتيان بالأصل.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٣٣٦٧) ٣: ١٣٠٦ كتاب المناقب، باب صفة النبي ﷺ.
وأخرجه مسلم في صحيحه (٢٣٢٧) ٤: ١٨١٣ كتاب الفضائل، باب مباعدته ﷺ للآثام...

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (١٨٤٤) ٢:٦٨٧ كتاب الصوم، باب قول النبي ﷺ لمن ظلل عليه واشتد الحر: «ليس من البر الصوم في السفر».
وأخرجه مسلم في صحيحه (١١١٥) ٢: ٧٨٦ كتاب الصيام، باب جواز الصوم والفطر في شهر رمضان...

(٣) ذكره المتقي الهندي في صلاة المسافر، القصر ٢٢٧٥٥/٨:٢٤٤.

(٤) أخرجه مسلم في صحيحه (١١٢١) ٢: ٧٩٠ كتاب الصيام، باب التخيير في الصوم والفطر في السفر.

(٥) أخرجه البخاري في صحيحه (١٨٤٥) ٢: ٦٨٧ كتاب الصوم ، باب: لم يعب أصحاب النبي ﷺ بعضهم بعضا في الصوم والإفطار.

(٦) أخرجه النسائي في سننه (١٤٥٦) ٣: ١٢٢ كتاب تقصير الصلاة في السفر، باب المقام الذي يقصر بمثله الصلاة.

قال: (ومن نوى الصوم في سفره فله الفطر. وإن نوى الحاضر صوم يوم ثم سافر في أثنائه فله الفطر. وعنه لا يجوز).

أما كون من نوى الصوم في سفره له الفطر فلما روى جابر «أن رسول الله ﷺ خرج عام الفتح فصام حتى بلغ كراع الغميم وصام الناس معه . فقيل: إن الناس قد شق عليهم الصيام . فدعا بقدح من ماء بعد العصر فشرب فأفطر بعض الناس وصام بعضهم فبلغه أن ناساً صاموا فقال: أولئك العصاة »[1] رواه مسلم.

وأما كون من نوى الصوم في الحضر ثم سافر في أثنائه له الفطر على المذهب فلما روي عن أبي بصرة الغفاري «أنه ركب في سفينة من الفُسْطاط في شهر رمضان فَرُفِع ثم قُرِّب غداءه . ثم قال: اقترب . قيل: ألست ترى البيوت؟ قال: أترغب عن سنة رسول الله ﷺ؟ فأكل »[2] رواه أبو داود.

ولأن السفر مبيح للفطر فأباحه في أثناء النهار كالمرض.

وأما كونه لا يجوز ذلك على روايةٍ فلأن الصوم عبادة تختلف بالسفر والحضر فإذا اجتمعا فيها غلب حكم الحضر كالصلاة.

قال: (والحامل والمرضع إذا خافتا على أنفسهما أفطرتا وقضتا. وإن خافتا على ولديهما أفطرتا وقضتا وأطعمتا لكل يوم مسكيناً).

أما كون الحال والمرضع إذا خافتا على أنفسهما تفطران فلأن ذلك بمنزلة المرض ولذلك لا كفارة عليهما؛ لأن الفطر لمرض لا كفارة فيه.

وأما كونهما يقضيان فلعموم قوله تعالى: {فعدة من أيام أخر} [البقرة:١٨٥] ، وقياساً على المرض.

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١١١٤) ٢:٧٨٥ كتاب الصيام، باب جواز الصوم والفطر في شهر رمضان...

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٢٤١٢) ٢:٣١٨ كتاب الصوم، باب متى يفطر المسافر إذا خرج. ولفظه : عن عبيد قال جعفر بن جبر : « كنت مع أبي بصرة الغفاري صاحب النبي ﷺ في سفينة من الفسطاط في رمضان فرفع ثم قرب غداه قال جعفر في حديثه فلم يجاوز البيوت حتى دعا بالسفرة قال اقترب قلت ألست ترى البيوت قال أبو بصرة أترغب عن سنة رسول الله ﷺ قال جعفر في حديثه فأكل » .

وأخرجه أحمد في مسنده (٢٣٣٣٧) ط إحياء التراث . نحوه .

وأما كونهما إذا خافتا على ولديهما يفطران فلأن خوفهما خوف على آدمي أشبه خوفهما على أنفسهما.

وأما كونهما يقضيان فلما تقدم من الآية والقياس.

وأما كونهما يطعمان لكل يوم مسكينا فلأنهما يطيقان الصوم فيدخلان في عموم قوله تعالى: {وعلى الذين يُطِيقُونه فدية طعام مسكين} [البقرة:١٨٤].

وقد رروي عن ابن عباس أنه قال: «نزلت رخصة للشيخ الكبير والحامل والمرضع»(١).

قال: (ومن نوى قبل الفجر ثم جُنّ أو أغمي عليه جميع النهار لم يصح صومه، وإن أفاق جزءاً منه صح صومه، وإن نام جميع النهار صح صومه، ويلزم المغمى عليه القضاء دون المجنون).

أما كون من نوى قبل الفجر ثم جُنّ أو أغمي عليه جميع النهار لا يصح صومه فلأنه لم يوجد منه الإمساك المضاف إليه ، والواجب إمساك مضاف إليه لقوله ﷺ: «يقول الله تعالى: كل عمل ابن آدم له إلا الصيام فإنه لي وأنا أجزي به ، يدع طعامه وشرابه من أجلي»(٢) متفق عليه.

أضاف ترك الطعام والشراب إلى الصيام.

ولأن النية أحد الركنين فإذا انفردت عن الإمساك لم يجز كما لو انفرد الإمساك عن النية.

وأما كون من ذكر يصح صومه إذا أفاق جزءاً منه فلأنه وجد الإمساك المضاف إليه.

وأما كون من نام جميع النهار يصح صومه فلأن النوم جِبِلّة وعادة ولا يزيل العقل بالكلية وهو في حكم المنتبه لكونه ينتبه إذا نُبِّه ، ويجد الألم في حال نومه . وبه يظهر الفرق بينه وبين من زال عقله بجنون أو إغماء.

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢٣١٨) ٢: ٢٩٦ كتاب الصوم، باب من قال: هي مثبتة للشيخ والحبلى.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (١٨٠٥) ٢: ٦٧٣ كتاب الصوم، باب هل يقول: إني صائم إذا شُتِم.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١١٥١) ٢: ٨٠٦ كتاب الصيام، باب فضل الصيام.

وأما كون المغمى عليه يلزمه القضاء فلأن الإغماء لا يزيل التكليف ، ويجوز على الأنبياء عليهم السلام ، ولا تثبت الولاية على صاحبه أشبه المريض.

وأما كون المجنون لا يلزمه القضاء فلقوله عليه السلام: «رفع القلم عن ثلاث : عن المجنون حتى يفيق... الحديث»[1].

---

(١) سبق تخريجه ص: ١١.

فصل [النية في الصوم]

قال المصنف رحمه الله: (ولا يصح صوم واجب إلا أن ينويه من الليل معيناً. وعنه لا يجب تعيين النية لرمضان).

أما كون الصوم الواجب لا يصح إلا أن ينويه فاعله فلقوله تعالى: {وما أُمروا إلا ليعبدوا الله مخلصين له الدين} [البينة:٥] ، ولقوله عليه السلام: «إنما الأعمال بالنيات وإنما لامرئ ما نوى»[1] وقوله عليه السلام: «لا عمل إلا بنية»[2].

وأما كونه لا يصح إلا بنية من الليل فلما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «من لم يبيت الصيام من الليل فلا صيام له»[3] أخرجه النسائي وأبو داود والترمذي.

وأما كونه في غير صوم رمضان كالقضاء عنه والكفارة والنذر لا يصح إلا معيناً رواية واحدة فلأنه لا يتميز عن غيره إلا بالتعيين.

وأما كونه في صوم رمضان لا يصح إلا معيناً على المذهب فلأنه صوم واجب أشبه القضاء والنذر.

ولأن صوم رمضان عبادة يجب فيها أصل النية فوجب تعيينها كالصلاة.

وأما كون صوم رمضان لا يجب تعيين النية له على روايةٍ فلأن الزمان يتعين بخلاف القضاء والنذر.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (١) ١: ٣ باب كيف كان بدء الوحي إلى رسول الله ﷺ.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٩٠٧) ٣: ١٥١٥ كتاب الإمارة، باب قوله ﷺ: «إنما الأعمال بالنية».

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ١: ٤١ كتاب الطهارة، باب الاستياك بالأصابع . عن أنس ، ولفظه: «لا عمل لمن لا نية له» .

(٣) أخرجه النسائي في سننه (٢٣٣٤) ٤: ١٩٧ كتاب الصيام، ذكر اختلاف الناقلين لخبر حفصة في ذلك. واللفظ له.
وأخرجه أبو داود في سننه (٢٤٥٤) ٢: ٣٢٩ كتاب الصوم، باب النية في الصيام.
وأخرجه الترمذي في جامعه (٧٣٠) ٣: ١٠٨ كتاب الصوم، باب ما جاء لا صيام لمن لم يعزم من الليل، ولفظهما: «من لم يُجْمِعِ الصيامَ قبل الفجر فلا صيام له».

قال: (ولا يحتاج إلى نية الفرضية. وقال ابن حامد: يجب ذلك).

أما كون صوم الواجب لا يحتاج إلى نية الفرضية على قول غير ابن حامد فلأن الواجب لا يكون إلا فرضاً.

وأما كون ذلك يجب على قوله فقياس له على الصلاة.

قال: (ولو نوى إن كان غداً من رمضان فهو فرضي وإلا فهو نفل لم يجزئه. وعنه يجزئه. ومن نوى الإفطار أفطر).

أما كون من نوى ما تقدم ذكره لا يجزئه على روايةٍ ويجزئه على أخرى ؛ فمبني على وجوب تعيين النية : فمن أوجبه لم تجزئ عنده هذه النية لأنه لم يجزم بها ، والنية عزم جازم ، ومن لم يوجبه جعلها مجزئة لأنه نوى الصوم ونيته كافية.

وأما كون من نوى الإفطار أفطر ؛ فلأن النية شرط في جميع النهار فإذا قطعها في أثنائه خلا ذلك الجزء عن النية ففسد الكل لفوات الشرط.

قال: (ويصح صوم النفل بنيةٍ من النهار قبل الزوال وبعده . وقال القاضي : لا يجزئه بعد الزوال).

أما كون النفل يصح بنيةٍ من النهار قبل الزوال فلما روت عائشة قالت: «دخل عليّ رسول الله ﷺ ذات يوم فقال: هل عندكم من شيء؟ قلنا: لا . قال: إني إذاً صائم»[1] رواه مسلم.

ولأن في ذلك تكثيراً للصيام لأنه قد تعرض له النية من النهار فجاز ؛ كما سومح بترك القيام والاستقبال في النافلة.

وأما كونه يصح بنية منه بعد الزوال على المذهب فلأنه نوى في النهار أشبه قبل الزوال.

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١١٥٤) ٢: ٨٠٩ كتاب الصيام، باب جواز صوم النافلة بنية من النهار قبل الزوال، وجواز فطر الصائم نفلاً.

وأخرجه أبو داود في سننه (٢٤٥٥) ٢: ٣٢٩ كتاب الصوم، باب في الرخصة في ذلك.

وأخرجه الترمذي في جامعه (٧٣٤) ٣: ١١١ كتاب الصوم، باب صيام المتطوع بغير تبييت.

وأخرجه النسائي في سننه (٢٣٣٠) ٤: ١٩٥ كتاب الصيام، النية في الصيام والاختلاف على طلحة بن يحيى بن طلحة في خبر عائشة.

وأخرجه أحمد في مسنده (٢٥٧٧٢) ٦: ٢٠٧.

ولما ذكر من المعنى المؤدي إلى كثرة العبادة.

وأما كونه لا يصح على قول القاضي فلأن النية لم تصحب العبادة في معظمها أشبه ما لو نوى مع الغروب.

باب ما يفسد الصوم ويوجب الكفارة

قال المصنف رحمه الله: (من أكل أو شرب أو استعط أو احتقن أو داوى الجائفة بما يصل إلى جوفه ، أو اكتحل بما يصل إلى حلقه أو أدخل إلى جوفه شيئاً من أي موضع كان ، أو داوى المأمومة ، أو قطر في أذنه ما يصل إلى دماغه ، أو استقاء أو استمنى أو قبل أو لمس فأمنى [أو مذى][1] ، أو كرر النظر فأنزل ، أو حجم أو احتجم عامداً ذاكراً لصومه فسد صومه ، وإن فعله ناسياً أو مكرهاً لم يفسد).

أما كون من أكل أو شرب يفسد صومه فلأن الله تعالى قال: {وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الأبيض من الخيط الأسود} [البقرة:١٨٧] وحكم ما[2] بعد الغاية يخالف ما قبلها.

وقال النبي ﷺ: «يقول الله تعالى: عمل ابن آدم له كله إلا الصوم فإنه لي وأنا أجزي به يدع طعامه وشرابه من أجلي»[3] متفق عليه.

ولأن الصوم الشرعي عبارة عن الإمساك عن الأكل والشرب ونحوهما فإذا لم يوجد ذلك لم يكن صائماً شرعاً.

وأما كون من استعط . وهو: أن يدخل الماء في أنفه يفسد صومه فلقوله عليه السلام للقيط بن صبرة: «وبالغ في الاستنشاق إلا أن تكون صائماً»[4] ولو لم يفسد الصوم بدخول الماء من الخياشيم لما نهى عنه.

---

(١) ساقط من **ب**.

(٢) مثل السابق.

(٣) سبق تخريجه ص: ١٨.

(٤) أخرجه أبو داود في سننه (١٤٢) ١:٣٥ كتاب الطهارة، باب في الاستنثار.

وأخرجه الترمذي في جامعه (٧٨٨) ٣: ١٥٥ كتاب الصوم، باب ما جاء في كراهية مبالغة الإستنشاق للصائم.

وأخرجه ابن ماجة في سننه (٤٠٧) ١:١٤٢ كتاب الطهارة وسننها، المبالغة في الاستنشاق والاستنثار.

وأما كون من احتقن يفسد صومه فلأن ذلك يصل إلى الجوف أشبه الأكل.

ولأنه إذا بطل بالسعوط فبذلك أولى.

وأما كون من داوى الجائف بما يصل إلى جوفه يفسد صومه فلأن أوصل إلى جوفه شيئاً باختياره أشبه ما لو أكل.

وأما كون من اكتحل بما يصل إلى حلقه كالكحل الأسود والحاد يفسد صومه فلأن الحلق كالجوف.

ولأنه وصل إلى حلقه ما هو ممنوع من تناوله بفيه أشبه ما لو دخل من فيه.

وأما كون من أدخل إلى جوفه شيئاً من أي موضع كان ؛ مثل أن يطعن نفسه ونحو ذلك يفسد صومه فلأنه أوصل إلى جوفه ما هو ممنوع عن إيصاله فوجب أن يفسد صومه كما لو أكل أو شرب.

وأما كون من داوى المأمومة أو قطر في أذنه ما يصل إلى دماغه يفسد صومه فلأن الدماغ أحد الجوفين فأفسد الصوم ما يصل إليه كالآخر.

وأما كون من استقاء . وهو : أن يستدعي القيء يفسد صومه ؛ فلما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال: «من ذرعه القيء فليس عليه قضاء ، ومن استقاء عمداً فليقض »[1] رواه أبو داود. وقال الترمذي: حديث حسن غريب.

وأما كون من استمنى . وهو: أن يستخرج المني بكفه يفسد صومه فلأنه إذا فسد بالقبلة المقترنة بالإنزال فلأن يفسد بالاستمناء بطريق الأولى.

وأما كون من قبل فأمنى يفسد صومه فلما روي عن عمر أنه قال: «قلت: يا رسول الله! صنعت اليوم أمراً عظيماً فقبلت وأنا صائم . فقال رسول الله ﷺ: أرأيتَ لو تمضمضت من إناء وأنت صائم؟ قلت: لا بأس به. قال: فمه »[2] رواه أبو داود.

شبّه القبلة بالمضمضة ، والمضمضة إذا لم يكن معها نزول الماء لم يفطر ، وإن كان معها نزول أفطر.

وأما كون من لمس فأمنى يفسد صومه فلأن اللمس كالقبلة لاشتراكهما في المباشرة المؤدية إلى المني.

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢٣٨٠) ٢: ٣١٠ كتاب الصوم، باب الصائم يستقيء عامداً.
وأخرجه الترمذي في جامعه (٧٢٠) ٣: ٩٨ كتاب الصوم، باب ما جاء فيمن استقاء عمداً.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٢٣٨٥) ٢:٣١١ كتاب الصوم، باب القبلة للصائم.

وأما كون من قبل أو لمس فمذى يفسد صومه كما لو أمنى فلأنهما مشتركان في كونهما خارجين تخللهما الشهوة.

وأما كون من كرر النظر فأنزل . والمراد به أنزل المني يفسد صومه فلأنه إنزال يتلذذ به أشبه الإنزال باللمس.

فعلى هذا لا يفسد مع إنزال المذي لأن الإنزال هنا ليس عن مباشرة فلم يلتحق المذي بالمني لضعفه عنه ولذلك قال المصنف رحمه الله في الكافي: [1]وسواء في هذا كله المني والمذي ... إلا في تكرار النظر فلا يفطر إلا بإنزال المني في ظاهر كلامه لأنه ليس بمباشرة.

وقال في المغني: ظاهر كلام الخرقي فساد صوم من كرر نظره فمذى لإطلاقه القول فيمن كرر فأنزل وهذا إنزال أشبه المني.

ومقتضى هذا التعليل أن يحمل كلام المصنف رحمه الله على فساد صوم من كرر نظره فمذى لأنه قال: فأنزل وأطلق ذلك بإطلاق الخرقي.

وأما كون من حجم أو احتجم يفسد صومه فلأنه روي عن النبي ﷺ أنه قال: «أفطر الحاجم والمحجوم»[2]. رواه الترمذي. وقال: حديث حسن.

وفي لفظ: «احتجم رسول الله ﷺ فوجد ضعفاً شديداً فنهى أن يحتجم الصائم»[3] رواه الجوزجاني.

وأما قول المصنف رحمه الله: عامداً ذاكراً لصومه فراجع إلى جميع ما ذكر . ومعناه: أن شرط الفطر في كل واحد مما تقدم أن يتعمد الصائم فعله بأن يفعله اختياراً وأن يكون ذاكراً أنه صائم.

---

(١) في **ب** زيادة : وتكرار.

(٢) أخرجه الترمذي في جامعه (٧٧٤) ٣: ١٤٤ كتاب الصوم، باب كراهية الحجامة للصائم.

(٣) لم أقف عليه هكذا . وقد أخرج البخاري في صحيحه عن ثابت البناني أنه سأل أنس بن مالك رضي الله عنه: «أكنتم تكرهون الحجامة للصائم؟ قال: لا . إلا من أجل الضعف». (١٨٣٨) ٢: ٦٨٥ كتاب الصوم، باب الحجامة والقيء للصائم.

وفي لفظ : «ما كنا ندع الحجامة للصائم إلا كراهية الجهد». أخرجه أبو داود في سننه (٢٣٧٥) ٢:٣٠٩ كتاب الصوم، باب في الرخصة في ذلك.

أما كون التعمد شرطاً فلقوله عليه السلام: «عفي لأمتي عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»[1].

ولأن النبي ﷺ قال[2]: «من ذرعه القيء فليس عليه قضاء»[3] . نفى القضاء في ذلك لكونه يخرج بغير اختيار الصائم فيثبت الحكم فيه ، ويقاس عليه ما عداه.

وأما كون الذكر لصومه شرطاً فلما روى أبو هريرة عن النبي ﷺ أنه قال: «إذا أكل أحدكم أو شرب ناسياً فليتم صومه فإنما أطعمه الله وسقاه»[4] متفق عليه.

وفي لفظ: «فلا يفطر فإنما هو رزقٌ رزقه الله»[5] . نص على الأكل والشرب فثبت فيهما ، ويقاس عليهما ما عداهما.

وأما كون من فعل ذلك ناسياً أو مكرهاً لا يفسد صومه فلأن شرط الفساد الذكر والاختيار وهما مفقودان في النسيان والإكراه.

قال: (وإن طار إلى حلقه ذباب أو غبار أو قطر في إحليله أو فكّر فأنزل أو احتلم أو ذرعه القيء أو أصبح وفي فيه طعام فلفَظَه أو اغتسل أو تمضمض أو استنشق فدخل الماء حلقه لم يفسد صومه. وإن زاد على الثلاث أو بالغ فيهما فعلى وجهين).

أما كون من طار إلى حلقه ذباب أو غبار أو فكّر فأنزل أو احتلم لا يفسد صومه فلأن ذلك كله يوجد بغير اختياره ، ولا يمكن التحرز منه ، ولا يدخل تحت وسعه فلم يفسد الصوم به لأنه غير داخل في التكليف لأن الله تعالى قال: {لا يكلف الله نفساً إلا وسعها} [البقرة:٢٨٦].

وأما كون من قطر في إحليله لا يفسد صومه فلأنه لا منفذ فيه إلى الجوف وإنما يخرج البول رشحاً فهو بمنزلة ما لو ترك في فيه شيئاً.

---

(١) أخرجه ابن ماجة في سننه (٢٠٤٣) ١: ٦٥٩ كتاب الطلاق، باب طلاق المكره والناسي. من حديث أبي ذر رضي الله عنه.

(٢) ساقط من ب.

(٣) سبق تخريجه ص: ٢٤.

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه (١٨٣١) ٢:٦٨٢ كتاب الصوم، باب الصائم إذا أكل أو شرب ناسياً.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١١٥٥) ٢:٨٠٩ كتاب الصيام، باب أكل الناسي وشربه وجماعه لا يفطر.

(٥) أخرجه الترمذي في جامعه (٧٢١) ٣: ١٠٠ كتاب الصوم، باب ما جاء في الصائم يأكل أو يشرب ناسياً. قال الترمذي: حديث حسن صحيح.

وأما كون من ذرعه القيء لا يفسد صومه فلما تقدم من قوله عليه السلام: «من ذرعه القيء فليس عليه قضاء»[1].

ولأنه يخرج بغير اختياره أشبه المكره.

وأما كون من أصبح وفي فيه طعام فلَفَظَه لا يفسد صومه فلأنه لم يدخل الطعام في حلقه وابتلاع الريق الذي جرى عليه قبل علمه به لا يفطر لأن مثل هذا لا يمكن التحرز منه ولا يخلو منه صائم.

وأما كون من اغتسل لا يفسد صومه فـ «لأن النبي ﷺ كان يدركه الفجر وهو جنب من أهله ثم يغتسل ويصوم»[2] متفق عليه.

وأما كون من تمضمض أو استنشق فدخل الماء حلقه لا يفسد صومه إذا لم يزد على الثلاث و لم يبالغ فيهما فلأنه واصل بغير اختياره أشبه الذباب.

وأما كون من زاد على الثلاث أو بالغ فيهما لا يفسد صومه على وجهٍ [فلأنه بغير اختياره أشبه التي قبلها .

والثاني يفسد بذلك][3] : أما فيما إذا زاد على الثلاث ؛ فلأن نزول الماء فيه متولد بسبب منهي عنه أشبه نزوله بالمبالغة في الاستنشاق.

وأما إذا بالغ في الاستنشاق ؛ [فلأن النبي ﷺ قال للقيط بن صبرة : «وبالغ في الاستنشاق][4] إلا أن تكون صائماً»[5] . استثنى المبالغة حفظاً للصوم فدل على أنه يفطر بسببها.

---

(١) سبق تخريجه ص: ٢٤.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (١٨٢٥) ٢:٦٧٩ كتاب الصوم، باب: الصائم يصبح جنباً.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١١٠٩) ٢:٧٨٠ كتاب الصيام، باب صحة صوم من طلع عليه الفجر وهو جنب.

(٣) ساقط من ب.

(٤) مثل السابق.

(٥) أخرجه أبو داود في سننه (١٤٢) ١: ٣٥ كتاب الطهارة، باب في الاستنثار.
وأخرجه الترمذي في جامعه (٧٨٨) ٣: ١٧ كتاب الصوم، باب ما جاء في كراهية مبالغة الإستنشاق للصائم.
وأخرجه النسائي في سننه (٨٧) ١: ٦٦ كتاب الطهارة؛ المبالغة في الإستنشاق.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٤٠٧) ١: ١٤٢ كتاب الطهارة؛ المبالغة في الاستنشاق والاستنثار.
وأخرجه أحمد في مسنده (١٧٨٧٩) ٤: ٢١١.

وأما إذا بالغ في المضمضة ؛ فلأنه يساوي الاستنشاق معنى فوجب أن يساويه حكماً.

قال: (ومن أكل شاكاً في طلوع الفجر فلا قضاء عليه. وإن أكل شاكاً في غروب الشمس فعليه القضاء. وإن أكل معتقداً أنه ليل فبان نهاراً فعليه القضاء).

أما [عدم وجوب القضاء إذا أكل شاكاً في طلوع الفجر ؛ فلأن الأصل بقاء الليل .

وأما][1] كون من أكل شاكاً في غروب الشمس عليه القضاء ؛ فلأن الأصل بقاء النهار.

وأما كون من أكل معتقداً أنه ليل فبان نهاراً عليه القضاء فلما روى حنظلة قال: «كنا في المدينة في رمضان وفي السماء سحاب فظننا أن الشمس إذاً قد غابت فأفطر بعض الناس. فقال عمر: من أفطر فليقض يوماً مكانه»[2].

ولأنه أكل ذاكراً مختاراً فأفطر ، كما لو أكل يظن أن اليوم من شعبان فبان من رمضان.

---

(١) ساقط من **ب**.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٩٠٤٥) ٢: ٢٨٧ كتاب الصيام، ما قالوا في الرجل يرى أن الشمس قد غربت.

فصل [فيمن جامع نهار رمضان]

قال المصنف رحمه الله: (وإذا جامع في نهار رمضان في الفرج قبلاً كان أو دبراً فعليه القضاء والكفارة عامداً كان أو ساهياً. وعنه لا كفارة عليه مع الإكراه والنسيان. ولا يلزم المرأة كفارة مع العذر، وهل يلزمها مع عدمه؟ على روايتين. وعنه كل أمر غلب عليه الصائم فليس عليه قضاء ولا غيره، وهذا يدل على إسقاط القضاء والكفارة مع الإكراه والنسيان).

أما كون من جامع في نهار رمضان في الفرج عليه القضاء فلأن في حديث المجامع في نهار رمضان الآتي ذكره بعد في بعض ألفاظه: «وصم يوماً مكانه»[1] رواه الأثرم.

وفي بعض ألفاظه: «ويصوم يوماً مكانه»[2] رواه ابن ماجة.

وأما كونه عليه الكفارة فلما روى أبو هريرة قال: «بينما نحن جلوس عند النبي ﷺ إذ جاءه رجل فقال: يا رسول الله! هلكت قال: ما لك؟ قال: وقعت على امرأتي وأنا صائم. فقال رسول الله ﷺ: هل تجد رقبة تعتقها؟ قال: لا. قال: فهل تستطيع أن تصوم شهرين متتابعين؟ قال: لا. قال: فهل تجد إطعام ستين مسكيناً؟ قال: لا. قال: فمكث النبي ﷺ. فبينما نحن على ذلك أُتي النبي ﷺ بعَرَق من تمر . والعَرَق المكتل . فقال: أين السائل؟ فقال: أنا. [قال][3]: فخذ هذا فتصدق به. فقال الرجل: على أفقر

---

(١) أخرجه ابن ماجة في سننه (١٦٧١) ١: ٥٣٤ كتاب الصيام، باب ما جاء في كفارة من أفطر يوماً من رمضان. قال في الزوائد: هذه الزيادة «وصم يوماً مكانه» قد انفرد بها ابن ماجة. وفي إسنادها عبدالجبار بن عمر، وهو ضعيف، ضعفه ابن معين وأبو داود والترمذي. وقال البخاري: عنده مناكير. وقال النسائي: ليس بثقة. وقال الدارقطني: متروك. وقال ابن يونس: منكر الحديث. وقال ابن سعد: وكان ثقة.

(٢) اللفظ المذكور في ابن ماجة هو اللفظ السابق.

(٣) ساقط من **ب**.

مني يا رسول الله! فوالله ما بين لابتيها -يريد الحرتين- أهل بيت أفقر من أهل بيتي. فضحك النبي ﷺ حتى بدت أنيابه . ثم قال: أطعمه أهلك »[1]. متفق عليه.

وأما كون الدبر كالقبل في ذلك فلأن الدبر أحد الفرجين أشبه الآخر.

وأما كون الساهي كالعامد والمكره كالمختار على المذهب فلأن النبي ﷺ لم يستفصل الأعرابي ولو افترق الحال لوجب الاستفصال.

ولأنه يجب التعليل بما تناوله لفظ الحديث وهو المجامعة في حال الصوم وهي موجودة في السهو والإكراه.

وأما كونه لا كفارة عليه مع الإكراه والنسيان في رواية فلقوله عليه السلام: « عفي لأمتي عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه »[2].

وأما كون المرأة لا يلزمها الكفارة مع العذر كالمكرهة والناسية لصومها فلأنها معذورة.

ولأنها تدخل فيما تقدم من قوله عليه السلام: « عفي لأمتي... الحديث ».

وأما كونها يلزمها مع عدمه كالمطاوعة الذاكرة لصومها على روايةٍ فلأنها هتكت صوم رمضان بالجماع فوجبت عليها الكفارة كالرجل.

وأما كونها لا يلزمها على روايةٍ فلأن النبي ﷺ لم يذكر حكم المرأة لّما أمر الأعرابي ، ولا أوجب عليها شيئاً.

وأما كون الصائم ليس عليه قضاء ولا غيره في كل أمر غُلب عليه على روايةٍ فلعموم ما تقدم من قوله عليه السلام: « عفي لأمتي... الحديث ».

ولذلك قال المصنف رحمه الله عقيب ذلك فهذا يدل على إسقاط القضاء ... إلى آخره.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (١٨٣٤) ٢:٦٨٤ كتاب الصوم، باب إذا جامع في رمضان ولم يكن له شيء فتصدق عليه فليكفر.

وأخرجه مسلم في صحيحه (١١١١) ٢:٧٨١ كتاب الصيام، باب تغليظ تحريم الجماع في نهار رمضان...

(٢) سبق تخريجه ص: ٢٦.

قال: (وإن جامع دون الفرج فأنزل أو وطئ بهيمة في الفرج أفطر. وفي الكفارة وجهان).

أما كون من جامع دون الفرج فأنزل كمن وطئ امرأته في فخذها أو يدها أو نحو ذلك فأنزل يفطر فلأنه إذا فطر اللمس مع الإنزال فلأن تفطر المجامعة معه بطريق الأولى.

وأما كون من وطئ بهيمة يفطر فلأنه وطء في فرج أشبه وطء الآدمية في فرجها.

وأما كون الكفارة تجب في المسألتين على وجهٍ فلأنه وطء أفسد الصوم وأوجب الكفارة كوطء الآدمية في فرجها.

وأما كونه لا تجب فيهما على وجهٍ فلأنه فطر بغير جماع تام فلم تجب الكفارة به كالقُبلة.

قال: (وإن جامع في يوم رأى الهلال في ليلته وردت شهادته فعليه القضاء والكفارة).

أما كون من ذُكر عليه القضاء فلأنه أفطر من رمضان يوماً يلزمه صومه فوجب أن يلزمه قضاؤه ؛ لقوله تعالى: {فعدةٌ من أيام أُخر} [البقرة:١٨٥].

وأما كونه عليه الكفارة فلأنه أفطر يوماً من رمضان بجماع تام فوجبت عليه الكفارة كما لو قبلت شهادته.

ولأن رد شهادته لم ينف كون ذلك اليوم من رمضان في حقه فلم ينف وجوب الكفارة عليه كاليوم الثاني والثالث.

قال: (وإن جامع في يومين ولم يكفر فهل تلزمه كفارة أو كفارتان؟ على وجهين).

أما كون من ذُكر يلزمه كفارة واحدة على وجهٍ فلأن الكفارة عقوبة فوجب أن تتداخل كالحدود ، أو كفارةٌ عن غير إتلاف تكرر سببها قبل فعلها فاجتزئ بكفارة واحدة ككفارة اليمين والظهار.

وأما كونه يلزمه كفارتان على وجهٍ فلأن كل يوم عبادة منفردة فإذا وجبت الكفارة بإفساده لم تتداخل كرمضانين وكالحجتين.

قال: (وإن جامع ثم كفر ثم جامع في يومه فعليه كفارة . نص عليه، وكذلك كل من لزمه الإمساك إذا جامع. ولو جامع وهو صحيح ثم مرض أو جن أو سافر لم تسقط عنه).

أما كون من جامع ثم كفر ثم جامع في يومه عليه كفارة ثانية فلأن الصوم عبادة تجب الكفارة بالجماع فيها ، فتكررت بتكرر الوطئ بعد التكفير كالحج.

ولأنه وطء محرم لحرمة رمضان فوجبت به الكفارة كالأول .

ومفهوم هذا الكلام أنه لو وطئ و لم يكفر ثم وطئ أن عليه كفارة واحدة وصرح به المصنف رحمه الله في المغني لأن الكفارات زواجر فتداخلت كالحدود.

وأما كون كل من لزمه الإمساك إذا جامع كذلك فلأنه هَتَك حرمة الزمن أشبه هتك حرمة الصوم.

ولأن الكفارة تجب على المستديم للوطء ولا صوم هناك فكذلك هاهنا.

ومراد المصنف رحمه الله بقوله: كذلك وجوب الكفارة على من لزمه الإمساك إذا وطئ لمساواته مع [من][1] جامع بعد ما جامع لاستوائهما معنى . لا تكرار الكفارة لأنه لا تكرار هاهنا لعدم تكرار الوطء.

وأما كون من جامع وهو صحيح ثم مرض أو جن أو سافر لا تسقط عنه الكفارة فلأنه أفسد صوماً واجباً في رمضان بجماع تام فوجبت الكفارة وجوباً مستمراً كما لو لم يفطر لعذر.

قال: (وإن نوى الصوم في سفره ثم جامع فلا كفارة عليه. وعنه عليه الكفارة).

أما كون من ذكر لا كفارة عليه رواية واحدة فلأن كل صوم أبيح فطره بالأكل أبيح فطره بالجماع كالتطوع.

ولأن هذه محظورات [الصوم][2] فإذا لم يجب الصوم لم يحرم شيء منها ، وإذا أبيح الفطر بذلك لم تجب الكفارة لأن الوجوب يستدعي حرمة الفطر وذلك غير موجود.

وأما كونه عليه الكفارة على روايةٍ فلأنه صائم في رمضان أفطر بالجماع فوجبت عليه الكفارة كالمقيم الصحيح.

قال: (ولا تجب الكفارة بغير الجماع في صيام رمضان).

أما كون الكفارة لا تجب بغير الجماع فلأن غير الجماع لم يرد فيه نصٍ ، وقياسه على الجماع لا يصح لما بينهما من الفرق فوجب أن لا تجب الكفارة عملاً بالنافي لها السالم عن المعارض.

---

(١) ساقط من ب.

(٢) في ب الإحرام.

وأما كونها لا تجب بالجماع في صوم غير رمضان كقضائه ، والصوم المنذور ، وعن الكفارة فلأن الوجوب من الشرع ولم يرد في غير رمضان ، ولا يصح قياسه على رمضان لأن رمضان له حرمة بخلاف غيره.

فإن قيل: هل في لفظ المصنف رحمه الله ما يدل على عدم وجوب الكفارة بالجماع في غير رمضان حتى يعلل؟.

قيل: فيه إشعار بذلك ، وذلك أن قوله: ولا تجب الكفارة بغير الجماع في صيام رمضان يقتضي أمرين:

أحدهما: عدم وجوب الكفارة بغير الجماع كالوطء دون الفرج ، والقبلة المقترنة بالإنزال ، وكالإفطار بالأكل والشرب ، وغير ذلك لأن ذلك كله غير جماع.

وثانيهما: عدم وجوب الكفارة بالجماع في غير صوم رمضان كما تقدم ذكره لأنه وإن كان جماعاً فهو غير جماع في صيام رمضان.

قال: ((والكفارة عتق رقبة ، فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين ، فإن لم يستطع فإطعام ستين مسكيناً ، فإن لم يجد سقطت عنه. وعنه لا تسقط. وعنه أن الكفارة على التخيير فبأيها كفر أجزأه)).

أما كون الكفارة عتق رقبة ، فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين ، فإن لم يستطع فإطعام ستين مسكيناً فلما روى أبو هريرة ((أن رجلاً جاء فقال : يا رسول الله! وقعت على امرأتي وأنا صائم. فقال رسول الله ﷺ: هل تجد رقبة تعتقها؟ قال: لا. قال: فهل تستطيع أن تصوم شهرين متتابعين؟ قال: لا. قال: فهل تجد إطعام ستين مسكيناً؟ قال: لا. قال: فسكت النبي ﷺ. فبينا نحن على ذلك أُتي النبي ﷺ بعَرَق من تمر . فقال: أين السائل؟ خذ هذا فتصدق به. فقال الرجل: على أفقر مني يا رسول الله!؟ فوالله ما بين لابتيها أهل بيت أفقر مني. فضحك النبي ﷺ حتى بدت أنيابه ثم قال له: أطعمه أهلك))[1] متفق عليه.

وأما كونها مرتبة على المذهب فلأن النبي ﷺ رتب الثانية والثالثة على عدم وجود ما قبلها ، وذلك شأن المرتب.

---

(١) سبق تخريجه ص: ٣٠.

وأما كونها على التخيير على روايةٍ فلما روى أبو هريرة: «أن رجلاً أفطر في رمضان فأمره رسول الله ﷺ بعتق رقبة أو صيام شهرين أو إطعام ستين مسكيناً»(١) رواه مالك في الموطأ. وأو للتخيير.

فعلى هذا بأيها كفر أجزأه لأن هذا شأن التخيير .

والأول أصح لأن الحديث الأول أصح وهو متضمن للزيادة.

وأما كونه إذا لم يجد ذلك يسقط عنه على المذهب فلأن النبي ﷺ أمر الذي أخبره بحاجته إليها بأكلها ولا يجوز أن يأكل ما يجب عليه.

وأما كونه لا يسقط عنه على روايةٍ فلأن النبي ﷺ أمره بالتكفير لما دفع إليه المكيل بعد إخباره بحاجته وعجزه .

والأول أولى لأن الإسقاط منه آخر الأمرين فيجب تقديمه.

(١) أخرجه مالك في الموطأ (٢٨) ١: ٢٤٦ كتاب الصيام، باب كفارة من أفطر في رمضان.

باب ما يكره وما يستحب وحكم القضاء

قال المصنف رحمه الله: (يكره للصائم أن يجمع ريقه فيبلعه ، وأن يبتلع النخامة ، وهل يفطر بهما؟ على وجهين).

أما كون الصائم يكره له أن يجمع ريقه فيبلعه ، وأن يبلع النخامة فلأنه قد اختلف في كون ذلك مفطراً فأدنى أحواله أن يكون مكروهاً.

وأما كونه يفطر بهما على وجهٍ فلأنه ابتلع ذلك على وجهٍ يمكنه التحرز منه أشبه غبار الدقيق إذا قصد ابتلاعه.

وأما كونه لا يفطر بهما على وجهٍ فلأنه غير واصل من خارج أشبق الريق.

قال: (ويكره مضغ العلك الذي لا يتحلل منه أجزاء. ولا يجوز مضغ ما يتحلل منه أجزاء إلا أن يبلع ريقه. ومتى وجد طعمه في حلقه أفطر).

أما كون مضغ ما لا يتحلل منه أجزاء يكره فلأنه يحلب الفم ويجمع الريق ويورث العطش.

وأما كون مضغ ما يتحلل منه أجزاء لا يجوز إذا ابتلع ريقه فلأنه إذا مضغ مثل ذلك وابتلع ريقه يكون قد قصد إيصال شيء من خارج إلى جوفه وهو صائم وذلك غير جائز.

وأما كون ذلك يجوز إذا لم يبلع ريقه فلأن المحرم إدخال ذلك إلى جوفه ولا يوجد ذلك مع عدم البلع.

وأما كون من وجد طعم ما مضغه في حلقه يفطر فلأنه أوصل إلى جوفه أجزاء شيء لو تعمد أكله أفطر.

قال: (وتكره القبلة إلا أن يكون ممن لا تحرك شهوته على إحدى الروايتين).

أما كون القبلة تكره ممن تحرك شهوته فلأنه لا يأمن أن ينزل فيفسد صومه.

وأما كونها تكره ممن لا تحرك شهوته على روايةٍ فلأنه لا يأمن حدوث الشهوة وقد روي عن عمر قال: «رأيت رسول الله ﷺ في المنام فأعرض عني . فقلت: ما لي؟ فقال: إنك تقبل وأنت صائم»[1].

وأما كونها لا تكره على روايةٍ فلما روت عائشة قالت: «كان النبي ﷺ يقبل ويباشر وهو صائم وكان أملككم لإرْبه»[2] رواه البخاري.

وروي: «لإرَبه» ومعناهما واحد . قاله الخطابي.

قال: (ويجب عليه اجتناب الكذب والغيبة والشتم فإن شُتم استحب أن يقول: إني امرؤ صائم).

أما كون الصائم يجب عليه اجتناب الكذب والغيبة والشتم فلأن ذلك واجب في غير الصوم فلأن يجب في الصوم بطريق الأولى.

وفي الحديث أن رسول الله ﷺ قال: «من لم يدع قول الزور والعمل به فليس لله حاجة في أن يدع طعامه وشرابه»[3] متفق عليه.

وروي أنه قال: «إذا كان يوم صوم أحدكم فلا يَرْفُثْ ولا يَصْخَبْ»[4].

وأما كونه إذا شتم يستحب له أن يقول: إني امرئ صائم فلأن في الحديث: «فإن سابه أحد فليقل: إني امرؤ صائم»[5].

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٩٤٢٣) ٢: ٣١٧ كتاب الصيام، من كره القبلة للصائم ولم يرخص فيه. عن ابن عمر ، عن عمر .
وأخرجه أبو نعيم في الحلية ١: ٤٤ عن سالم ، عن عمر.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (١٨٢٦) ٢:٦٨٠ كتاب الصوم، باب المباشرة للصائم.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٥٧١٠) ٥: ٢٢٥١ كتاب الأدب، باب قول الله تعالى: {واجتنبوا قول الزور}، ولم أره في مسلم.
وأخرجه أبو داود في سننه (٢٣٦٢) ٢: ٣٠٧ كتاب الصوم، باب الغيبة للصائم.
وأخرجه الترمذي في جامعه (٧٠٧) ٣: ٨٧ كتاب الصوم، باب ما جاء في التشديد في الغيبة للصائم.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (١٦٨٩) ١: ٥٣٩ كتاب الصيام، باب ما جاء في الغيبة والرفث للصائم.
وأخرجه أحمد في مسنده (٩٨٣٨) ٢: ٤٥٣.

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه (١٨٠٥) ٢: ٦٧٣ كتاب الصوم، باب هل يقول: إني صائم إذا شُتِم.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١١٥١) ٢: ٨٠٦ كتاب الصيام، باب فضل الصيام.

(٥) هو تكملة للحديث السابق وقد سبق تخريجه.

فصل [في مستحبات الإفطار]

قال المصنف رحمه الله: (ويستحب تعجيل الإفطار وتأخير السحور، وأن يفطر على التمر فإن لم يجد فعلى الماء. وأن يقول عند فطره: اللهم لك صمت وعلى رزقك أفطرت سبحانك اللهم وبحمدك. اللهم تقبل مني إنك أنت السميع العليم).

أما كون الصائم يستحب له الفطور وتأخير السحور فلما روى أبو ذر عن النبي ﷺ أنه قال: «لا تزال أمتي بخير ما أَخَّروا السحور وعجلوا الفطر»[1] رواه أحمد في المسند.

وفي لفظ: «لا يزال الناس بخير ما عجلوا الفطر»[2] متفق عليه.

وفي استحباب تأخير السحور إشعار بأن السحور مستحب ، وهو صحيح صرح به المصنف رحمه الله وغيره لما روى أنس أن النبي ﷺ قال: «تسحروا فإن في السحور بركة»[3] متفق عليه.

وأما كونه يستحب له أن يفطر على التمر فإن لم يجد فعلى الماء فلأن النبي ﷺ قال: «إذا أفطر أحدكم فليفطر على تمر ، فإن لم يجد فعلى الماء فإنه طهور»[4] رواه ابن ماجة.

---

(١) أخرجه أحمد في مسنده (٢١٥٤٦) ٥: ١٧٢.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (١٨٥٦) ٢: ٦٩٢ كتاب الصوم، باب تعجيل الإفطار.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٠٩٨) ٢: ٧٧١ كتاب الصيام، باب فضل السحور وتأكيد استحبابه... من حديث سهل بن سعد رضي الله عنه.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (١٨٢٣) ٢: ٦٧٨ كتاب الصوم، باب بركة السحور من غير إيجاب.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٠٩٥) ٢: ٧٧٠ كتاب الصيام، باب فضل السحور وتأكيد استحبابه...

(٤) أخرجه أبو داود في سننه (٢٣٥٥) ٢:٣٠٥ كتاب الصوم، باب ما يفطر عليه.
وأخرجه الترمذي في جامعه (٦٥٨) ٣: ٤٦ كتاب الزكاة، باب ما جاء في الصدقة على ذي القرابة. قال الترمذي: حديث حسن.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (١٦٩٩) ١:٥٤٢ كتاب الصيام، باب ما جاء على ما يستحب الفطر.

وهذا الاستحباب في حق من لم يجد الرطب فإن وجده فالمستحب أن يبدأ به؛ «لأن النبي ﷺ كان يفطر على رطبات ، فإن لم يكن فعلى تمرات ، فإن لم يكن حسا حسوات من ماء»(1) قال الترمذي: هذا حديث حسن غريب. ورواه الأثرم وزاد فيه: «قبل أن يصلي»(2).

ولم يذكر المصنف رحمه الله الرطب لأنه لا يوجد في الشام غالباً.

وأما كونه يستحب له أن يقول عند فطره ما تقدم ذكره فلما روى أنس أن النبي ﷺ قال: «إذا كان أحدكم صائماً فليقل: اللهم! لك صمت وعلى رزقك أفطرت سبحانك. اللهم! تقبل مني إنك أنت السميع العليم»(3).

وفي حديث آخر: «أن للصائم عند فطره دعوة لا ترد»(4).

قال: (ويستحب التتابع في قضاء رمضان ولا يجب).

أما كون التتابع في قضاء رمضان يستحب فلأنه يحكي الأداء.

ولأن فيه خروجاً من الخلاف.

وأما كونه لا يجب فلقوله تعالى: {فعدة من أيام أخر} [البقرة:١٨٥] وهذا مطلق يتناول المتفرق.

ولما روى ابن عمر أن النبي ﷺ قال في قضاء رمضان: «إن شاء فرق وإن شاء تابع»(5) رواه الأثرم.

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢٣٥٦) ٢: ٣٠٦ كتاب الصوم، باب ما يفطر عليه.
وأخرجه الترمذي في جامعه (٦٩٦) ٣: ٧٩ كتاب الصوم، باب ما جاء ما يستحب عليه الإفطار.

(٢) هو تكملة في الحديث السابق.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٢٣٥٨) ٢:٣٠٦ كتاب الصوم، باب القول عند الإفطار. عن معاذ بن زهرة. مختصر.
وأخرجه الدارقطني في سننه (٢٦) ٢: ١٨٥ كتاب الصيام. عن ابن عباس رضي الله عنه.
وأخرجه الطبراني في المعجم الصغير ٢: ٥١. عن أنس بن مالك رضي الله عنه. مختصر.

(٤) أخرجه ابن ماجة في سننه (١٧٥٣) ١: ٥٥٧ كتاب الصيام، باب في الصائم لا ترد له دعوته. قال في الزوائد: إسناده صحيح. لأن إسحاق بن عبيدالله بن الحارث، قال النسائي: ليس به بأس. وقال أبو زرعة: ثقة. وذكره ابن حبان في الثقات. وباقي رجال الإسناد على شرط البخاري.

(٥) أخرجه الدارقطني في سننه (٧٤) ٢: ١٩٣ كتاب الصيام، باب القبلة للصائم.

وفي لفظ: «لو كان على أحدكم دين فقضاه من الدرهم والدرهمين حتى يقضي ما عليه من الدين هل كان ذلك قاضياً عنه؟ قالوا: نعم يا رسول الله! قال: فالله أحق بالعفو والتجاوز منكم»[1].

(١) أخرجه الدارقطني في سننه (٧٧) ٢: ١٩٤ كتاب الصيام، باب القبلة للصائم، عن محمد بن المنكدر.

فصل

قال المصنف رحمه الله: (ولا يجوز تأخير قضاء رمضان إلى رمضان آخر من غير عذر، [فإن فعل فعليه القضاء وإطعام مسكين لكل يوم).

أما عدم جواز تأخير رمضان إلى رمضان آخر من غير عذر][1] فلأن مقتضى الدليل وجوب القضاء على الفور كالصلاة خولف ذلك في جواز تأخيره للمعذور إلى زوال عذره للعذر ولغيره إلى أن يضيق شعبان عنه لأن عائشة قالت: «كان يكون عليّ الصوم من رمضان فما أقضيه حتى يجيء شعبان»[2] متفق عليه.

فيبقى فيما عداه على مقتضى الدليل.

وأما كون من فعل ذلك عليه القضاء فلأن القضاء كان واجباً عليه و لم يوجد ما يسقطه فوجب أن يبقى على ما كان عليه.

وأما كونه عليه إطعام مسكين لكل يوم فلأنه يروى عن ابن عمر وابن عباس وأبي هريرة أنهم قالوا: «يطعم عن كل يوم مسكيناً»[3] و لم يرو عن غيرهم من الصحابة خلافه فكان إجماعاً. وقد أسنده أبو هريرة إلى النبي ﷺ من طريق فيه ضعف[4].

ولأن تأخير قضاء رمضان عن وقته إذا لم يوجب قضاء آخر أوجب الفدية كالشيخ الهرم.

---

(١) ساقط من ب.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (١٨٤٩) ٢:٦٨٩ كتاب الصوم، باب متى يقضى قضاء رمضان.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١١٤٦) ٢:٨٠٢ كتاب الصيام، باب قضاء رمضان في شعبان.

(٣) أخرجه الدارقطني في سننه (٨٦) ٢: ١٩٦ عن ابن عمر، و (٩١) ٢: ١٩٧ عن ابن عباس، و (٨٨) ٢ : ١٩٧ عن أبي هريرة، كتاب الصيام، باب القبلة للصائم.

(٤) أخرجه الدارقطني في سننه (٨٩) ٢: ١٩٧ كتاب الصيام، باب القبلة للصائم، قال الدارقطني: فيه إبراهيم بن نافع وابن وجيه ضعيفان.

قال: (وإن أخره لعذر فلا شيء عليه وإن مات. وإن أخره لغير عذر فمات قبل رمضان آخر أطعم عنه لكل يوم مسكين وإن مات بعد أن أدركه رمضان آخر فهل يطعم كل يوم مسكين أو اثنان؟ على وجهين).

أما كون من أخر قضاء رمضان عن وقته لعذر من مرض أو سفر أو عجز : لا شيء عليه فلأن صوم رمضان لا يجب بتأخيره للعذر شيء وهو أصل فلأن لا يجب بتأخير القضاء شيء وهو فرع بطريق الأولى.

وأما قول المصنف رحمه الله: وإن مات فتصريح بأن من أخر القضاء لعذر ثم مات كمن أخر القضاء لعذر وهو حي في عدم وجوب الشيء لاشتراكهما في جواز تأخير ذلك.

فإن قيل: المراد بقوله: لا شيء عليه نفي القضاء والكفارة أو نفي الكفارة فقط؟

قيل: بالنسبة إلى الميت نفيهما وبالنسبة إلى الحي نفي الكفارة دون القضاء لأن الحي يمكنه القضاء بخلاف الميت وبه يظهر الفرق بينهما.

وأما كون من أخر القضاء لغير عذر فمات قبل رمضان آخر يطعم عنه لكل يوم مسكين فلما روى ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال: «من مات وعليه صيام شهر فليطعم عنه مكان كل يوم مسكين»[1] قال الترمذي: الصحيح [أنه][2] عن ابن عمر موقوف.

وأما كون من مات بعد أن أدركه رمضان آخر يطعم عنه لكل يوم مسكين على وجهٍ فلأنه بإخراج ذلك زال تفريطه بالتأخير فلم يجب عليه شيء آخر كما لو مات من غير تفريط.

وأما كونه يطعم عنه لكل يوم اثنان على وجهٍ فلأن كل واحد منهما يقتضي كفارة على انفراده فإذا اجتمعا وجبت كفارتان كما لو فرط في يومين.

---

(١) أخرجه الترمذي في جامعه (٧١٨) ٣: ٩٦ كتاب الصوم، باب ما جاء من الكفارة.

(٢) ساقط من ب.

قال: (وإن مات وعليه صوم منذور أو حج أو اعتكاف فعله عنه وليه، وإن كانت عليه صلاة منذورة فعلى روايتين).

أما كون من مات وعليه صوم منذور يفعله عنه وليه ؛ فلما روت عائشة أن رسول الله ﷺ قال: «من مات وعليه صيام صام عنه وليه»[1] متفق عليه. ورواه أبو داود وقال: هذا في النذر[2].

وفي رواية: «جاءت امرأة إلى رسول الله ﷺ فقالت: يا رسول الله! إن أمي ماتت وعليها صوم نذر أفأصوم عنها ؟ قال: فصومي عن أمك»[3] متفق عليه.

ولأن النيابة تدخل العبادة بحسب خفتها ، والمنذور أخف حكماً؛ لأنه لم يجب بأصل الشرع بل بإيجاب نفسه.

وأما كون من مات وعليه حج يفعله عنه وليه واجباً كان أو منذوراً : أما الواجب فـ «لأن النبي ﷺ سمع رجلاً يقول: لبيك عن شبرمة قال: من شبرمة؟ [قال: قريب لي. قال: حج عن نفسك ثم حج عن شبرمة»[4] رواه أبو داود.

و «لأن امرأة][5] قالت: يا رسول الله! إن فريضة الله أدركت أبي شيخاً كبيراً لا يستطيع أن يثبت على الراحلة أفأحج عنه؟ قال: نعم»[6] رواه البخاري.

وأما المنذور فلما روي أن امرأة قالت: «يا رسول الله! إن أمي نذرت أن تحج فلم تحج حتى ماتت أفأحج عنها؟ فقال: حجي عنها»[7] رواه البخاري.

ولأنه منذور فكان للولي فعله كالصوم.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (١٨٥١) ٢: ٦٩٠ كتاب الصوم، باب من مات وعليه صوم.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١١٤٧) ٢: ٨٠٣ كتاب الصيام، باب قضاء الصيام عن الميت.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٢٤٠٠) ٢: ٣١٥ كتاب الصوم، باب فيمن مات وعليه صيام.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (١٨٢٥) ٢: ٦٩٠ كتاب الصوم، باب من مات وعليه صوم.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١١٤٨) ٢: ٨٠٤ كتاب الصيام، باب قضاء الصيام على الميت.

(٤) أخرجه أبو داود في سننه (١٨١١) ٢:١٦٢ كتاب المناسك، باب الرجل يحج عن غيره.

(٥) ساقط من ب.

(٦) أخرجه البخاري في صحيحه (١٤٤٢) ٢:٥٥١ كتاب الحج، باب وجوب الحج وفضله.

(٧) أخرجه البخاري في صحيحه (١٧٥٤) ٢: ٦٥٦ أبواب الإحصار وجزاء الصيد، باب الحج والنذور عن الميت والرجل يحج عن المرأة.

وأما كون من مات وعليه اعتكاف منذور يفعله عنه وليه فلأنه في معنى الصوم المنذور.

وكان في نسخة المصنف رحمه الله الأصلية: وإن مات وعليه صوم أو حج أو اعتكاف منذور فغيره بعض أصحابه المأذون له في التغيير منه على ما ذكرت لأن تأخير المنذور إن رجع إلى الاعتكاف وحده بقي الصوم مطلقاً والولي لا يفعل الواجب بالشرع ، وإن عاد إلى الجميع بقي الحج مشروطاً بكونه منذوراً ولا يشترط ذلك لأن الولي يفعل الواجب بالشرع أيضاً لما تقدم. ولا يقال في تقديم المنذور يبقى الاعتكاف مطلقاً لأن الاعتكاف لا يكون واجباً إلا بالنذر. فقوله وعليه مع ذلك يُعلم أنه منذور فلا حاجة إلى اشتراطه فيه .

وفعل الولي لجميع ما ذكر مستحب لا واجب لأن قضاء دين الميت لا يجب على الولي من ماله فكذا الصوم عنه ، وفعل غير الولي لذلك كالولي لأن ذلك دخلته النيابة بخفته وغير الولي في ذلك كالولي فجاز له فعله كالولي.

وأما كون الولي يفعل الصلاة المنذورة على روايةٍ فلأنها منذورة أشبهت الصوم.

وأما كونه لا يفعلها على روايةٍ فلأن الصلاة عبادة بدنية محضة بخلاف الصوم .

وهذا أصح ؛ لما ذكر ، وبه يظهر الفرق بين الصلاة والصوم.

باب صوم التطوع

قال المصنف رحمه الله: (وأفضله صيام داود [عليه السلام][1] كان يصوم يوماً ويفطر يوماً. ويستحب صيام أيام البيض من كل شهر، وصوم الاثنين والخميس).

أما كون أفضل صيام التطوع صيام داود وكونه ﷺ كان يصوم يوماً ويفطر يوماً فلما روى عبدالله بن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: «أحب الصيام إلى الله صيام داود كان يصوم يوماً ويفطر يوماً»[2] متفق عليه.

وفي تفضيل صوم داود على صوم التطوع إشعار بفضيلة صوم التطوع وهو صحيح .

والأصل فيه ما روى أبو هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «كل عمل ابن آدم له إلا الصوم فإنه لي وأنا أجزي به ، الصوم جنة . والذي نفسي بيده لخلوف فم الصائم أطيب عند الله من ريح المسك . للصائم فرحتان يفرحهما إذا أفطر وإذا لقي ربه»[3] متفق عليه.

وعموم قوله عليه السلام عن الله عز وجل: «لا يزال العبد يتقرب إليّ بالنوافل حتى أصير سمعه الذي يسمع به وبصره الذي يبصر به»[4].

---

(١) ساقط من ب.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٣٢٣٨) ٣: ١٢٥٧ كتاب الأنبياء، باب أحب الصلاة إلى الله صلاة داود...

وأخرجه مسلم في صحيحه (١١٥٩) ٢:٨١٦ كتاب الصيام، باب النهي عن صوم الدهر لمن تضرر به... عن عبدالله بن عمرو.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (١٨٠٥) ٢:٦٧٣ كتاب الصوم، باب هل يقول: إني صائم إذا شُتِم.

وأخرجه مسلم في صحيحه (١١٥١) ٢:٨٠٧ كتاب الصيام، باب فضل الصيام.

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه (٦١٣٧) ٥: ٢٣٨٤ كتاب الرقاق، باب التواضع.

وأما كون صيام أيام البيض من كل شهر يستحب فلما روى أبو ذر قال: قال رسول الله ﷺ: «يا أبا ذر! إذا صمت من الشهر ثلاثة فصم ثلاث عشرة وأربع عشرة [وخمس عشرة][1] »[2] رواه الترمذي. وقال: حديث حسن.

وأما كون صيام الاثنين والخميس يستحب فلما روى أسامة «أن رسول الله ﷺ كان يصوم الاثنين والخميس . فسئل عن ذلك فقال: إن أعمال الناس تعرض يوم الاثنين والخميس فأحب أن يعرض عملي وأنا صائم »[3] رواه أبو داود.

قال: (ومن صام رمضان وأتبعه بست من شوال فكأنما صام الدهر. وصيام يوم عاشوراء كفارة سنة ، ويوم عرفة كفارة سنتين. ولا يستحب لمن كان بعرفة).

أما كون من صام رمضان وأتبعه بست من شوال فكأنما صام الدهر فلما روى أبو أيوب قال: قال رسول الله ﷺ: «من صام شهر رمضان وأتبعه بست من شوال فكأنما صام الدهر »[4] رواه مسلم.

وأما كون صيام يوم عاشوراء كفارة سنة ويوم عرفة كفارة سنتي فلما روى أبو قتادة عن النبي ﷺ أنه قال : «يوم عرفة فإني أحتسب على الله أن يكفر السنة التي قبله والسنة التي بعده »[5].

---

(١) ساقط من ب.

(٢) أخرجه الترمذي في جامعه (٧٦١) ٣: ١٣٤ كتاب الصوم، باب ما جاء في صوم ثلاثة أيام من كل شهر.

وأخرجه النسائي في سننه (٢٤٢٤) ٥: ٤ كتاب الصيام ، باب وجوب الزكاة .

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٢٤٣٦) ٢:٣٢٥ كتاب الصوم، باب في صوم الاثنين والخميس.

(٤) أخرجه مسلم في صحيحه (١١٦٤) ٢:٨٢٢ كتاب الصيام، باب استحباب صوم ستة أيام من شوال اتباعاً لرمضان.

(٥) أخرجه مسلم في صحيحه (١١٦٢) ٢: ٨١٨ كتاب الصيام، باب استحباب صيام ثلاثة أيام من كل شهر وصوم يوم عرفة وعاشوراء والإثنين.

وأخرجه أبو داود في سننه (٢٤٢٥) ٢:٣٢١ كتاب الصوم، باب في صوم الدهر تطوعاً.

وأخرجه الترمذي في جامعه (٧٤٩) ٣: ١٢٤ كتاب الصوم، باب ما جاء في فضل صوم عرفة. قال الترمذي: حديث حسن.

وأخرجه ابن ماجة في سننه (١٧٣٠) ١:٥٥١ كتاب الصيام، باب صيام يوم عرفة.

وقال في صيام يوم عاشوراء: «إني أحتسب على الله أن يكفر السنة التي قبله[1]»[2] [رواه مسلم][3].

وأما كون صيام يوم عرفة لا يستحب لمن كان بعرفة فلما روى ابن عمر قال: «حججت مع النبي ﷺ فلم يصمه ، ومع أبي بكر فلم يصمه ، ومع عمر فلم يصمه ، ومع عثمان فلم يصمه ، وأنا لا أصومه ولا آمر به ولا أنهى عنه »[4].

ولأنه يوم يستحب فيه إكثار الدعاء فاستحب الفطر فيه إعانة لفاعله على ذلك.

قال: (ويستحب صوم عشر ذي الحجة . وأفضل الصيام بعد شهر رمضان شهر الله المحرم).

أما كون صوم عشر ذي الحجة يستحب فلما روى ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «ما من أيام العملُ الصالح فيهن أحب إلى الله من هذه الأيام . قالوا: يا رسول الله! ولا الجهاد في سبيل الله . قال: ولا الجهاد في سبيل الله إلا رجل خرج بنفسه وماله فلم يرجع من ذلك بشيء»[5] أخرجه البخاري.

وأما كون أفضل الصيام بعد شهر رمضان شهر الله المحرم فلما روى أبو هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «أفضل الصيام بعد شهر رمضان شهر الله المحرم»[6] رواه مسلم.

---

(١) في الأصل: بعده.

(٢) هو تكملة لحديث مسلم السابق وقد سبق تخريجه.

وأخرجه الترمذي في جامعه (٧٥٢) ٣: ١٢٦ كتاب الصوم، باب ما جاء في الحث على صوم يوم عاشوراء.

وأخرجه ابن ماجة في سننه (١٧٣٨) ١:٥٥٣ كتاب الصيام، باب صيام يوم عاشوراء.

(٣) ساقط من ب.

(٤) أخرجه الترمذي في جامعه (٧٥١) ٣: ١٢٥ كتاب الصوم، باب كراهية صوم يوم عرفة بعرفة.

وأخرجه الدارمي في سننه (١٧٦٦) ٢: ١٧ كتاب الصوم، باب في صيام يوم عرفة.

(٥) أخرجه البخاري في صحيحه (٩٢٦) ١: ٣٢٩ كتاب العيدين، باب فضل العمل في أيام التشريق.

(٦) أخرجه مسلم في صحيحه (١١٦٣) ٢: ٨٢١ كتاب الصيام، باب فضل صوم المحرم.

قال: (ويكره إفراد رجب بالصوم، وإفراد يوم الجمعة ويوم السبت ويوم الشك ويوم النيروز والمهرجان إلا أن يوافق عادة).

أما كون إفراد رجب بالصوم يكره إذا لم يوافق عادة فلما روي عن خرشة قال: «رأيت عمر يضرب أكف الناس حتى يضعوها في الطعام -يعني في رجب- ويقول: إنما هو شهر كانت الجاهلية تعظمه . ثم يقول: صوموا منه وأفطروا»[1].

ولأن في صومه كله تشبيهاً برمضان.

وأما كون إفراد يوم الجمعة بالصوم يكره كما تقدم فلما روى أبو هريرة قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «لا يصومن أحدكم يوم الجمعة إلا أن يصوم يوماً قبله أو يوماً بعده»[2] متفق عليه.

وأما كون إفراد يوم السبت بالصوم يكره كما تقدم فلما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «لا تصوموا يوم السبت إلا فيما افترض عليكم»[3] رواه الترمذي. وقال: حديث حسن.

فإن قيل: هذا لا يختص بالإفراد؟.

قيل: قد تقدم في حديث أبي هريرة ما يدل عدم كراهية صومه مع غيره فتعين حمل هذا الحديث على صومه مفرداً.

وأما كون صوم يوم الشك وهو الذي يشك فيه هل هو من رمضان أو من شعبان يكره كما تقدم فلما روى عمار: «من صام اليوم الذي يشك فيه فقد عصى أبا القاسم ﷺ»[4].

وقد قيل: أنه حرام كذلك.

---

(١) ذكره الهيثمي في مجمع الزوائد ٣: ١٩١ كتاب الصيام، باب في صيام رجب. ولم يذكر قوله: «ثم يقول: صوموا منه وأفطروا» وعزاه إلى الطبراني في الأوسط، قال: وفيه الحسن بن جبلة ولم أجد من ذكره، وبقية رجاله ثقات.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (١٨٨٤) ٢: ٧٠٠ كتاب الصوم، باب صوم يوم الجمعة.

وأخرجه مسلم في صحيحه (١١٤٤) ٢: ٨٠١ كتاب الصيام، باب كراهة صيام يوم الجمعة منفرداً.

(٣) أخرجه الترمذي في جامعه (٧٤٤) ٣: ١٢٠ كتاب الصوم، باب ما جاء في صوم يوم السبت.

(٤) سبق تخريجه ص: ٧.

وأما كون صوم يوم النيروز والمهرجان يكره كما تقدم فلأنهما من أعياد الكفار ففي صومهما تعظيم لهما وتشبيه بأهلهما في التعظيم.

وأما قول المصنف رحمه الله: إلا أن يوافق عادة له فعائد إلى صوم يوم الجمعة وإلى المهرجان . وإنما لم يكره إذا كان له عادة بصوم ذلك الزمن لأن العادة لها أثر في مثل ذلك وقد دل عليه قوله عليه السلام: «لا تقدموا رمضان بصوم يوم أو يومين إلا من كان يصوم صوماً فليصمه»[1].

قال: (ولا يجوز صوم يومي العيدين عن فرض ولا تطوع ، وإن قصد صيامهما كان عاصياً ولم يجزئه عن فرض).

أما كون صوم يومي العيدين لا يجوز فلما روي أن عمر قال في يوم عيد: «هذان يومان نهى رسول الله ﷺ عن صيامهما : يوم فطركم من صيامكم ، واليوم الآخر تأكلون فيه من نسككم»[2] متفق عليه.

والنهي ظاهر في التحريم.

وأما كون ذلك لا يجوز عن فرض ولا تطوع فلعموم الحديث المذكور.

وأما كون من قصد صيامهما يكون عاصياً فلأنه تعمد فعل الحرام .

وفي كلام المصنف رحمه الله إشعار بعدم عصيان من لم يقصد صيامهما وهو صحيح لأنه لم يقصد المخالفة فلم يوصف بالعصيان.

وأما كون من صامهما لا يجزئه عن فرض فلأنه منهي عنه والنهي يقتضي الفساد والفساد لا يجامع الإجزاء ، أو شرطه الصحة.

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢٣٢٧) ٢: ٢٩٨ كتاب الصوم، باب من قال: فإن غم عليكم فصوموا ثلاثين.

وأخرجه النسائي في سننه (٢١٧٤) ٤: ١٤٩ كتاب الصيام، ذكر الاختلاف على يحيى بن أبي كثير...، من حديث ابن عباس.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (١٨٨٩) ٢:٧٠٢ كتاب الصوم، باب صوم يوم الفطر.

وأخرجه مسلم في صحيحه (١١٣٨) ٢:٧٩٩ كتاب الصيام، باب النهي عن صوم يوم الفطر ويوم الأضحى.

قال: (ولا يجوز صيام أيام التشريق تطوعاً، وفي صومها عن الفرض روايتان).

أما كون صيام أيام التشريق تطوعاً لا يجوز فلقوله ﷺ: «أيام التشريق أيام أكل وشرب وذكرٍ لله عز وجل»[1] رواه مسلم.

وأما كون صومها عن الفرض لا يجوز في رواية فلعموم الحديث المذكور.

وأما كونه يجوز[2] في رواية ؛ فلما روى ابن عمر وعائشة قالا: « لم يرخص في أيام التشريق أن يُصمن إلا لمن لم يجد الهدي »[3] رواه البخاري.

جوز صومها عن المتعة وباقي الفروض في معناها فيلحق بها.

قال: (ومن دخل في صوم أو صلاة تطوعاً استحب له إتمامه ولم يجب فإن أفسده فلا قضاء عليه).

أما كون من[4] دخل فيما ذكر يستحب له إتمامه ؛ فلأن به تكمل العبادة وذلك مطلوب.

ولأن في الإتمام خروجاً من الخلاف.

وأما كون الإتمام لا يجب ؛ فلما روت عائشة قالت: «قلت: يا رسول الله! أُهدي لنا حَيْس . قال: هاتيه فجئت به فأكل. وقال: قد كنت صائماً »[5] رواه مسلم.

والصلاة وسائر التطوعات تلحق به لاشتراكهما في المعنى.

ولأن[6] ما جاز ترك جميعه جاز ترك بعضه كالصدقة.

وأما كون من أفسد ذلك لا قضاء عليه فلأن ما لم يجب إتمامه لم يجب قضاؤه.

ولأن القضاء تبع المقضي عنه فإذا لم يكن واجباً لم يكن القضاء واجباً.

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١١٤١) ٢:٨٠٠ كتاب الصيام، باب تحريم صوم أيام التشريق.

(٢) في ب: لا يجوز.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (١٨٩٤) ٢:٧٠٣ كتاب الصوم، باب صيام أيام التشريق.

(٤) زيادة يقتضيها السياق.

(٥) أخرجه مسلم في صحيحه (١١٥٤) ٢:٨٠٩ كتاب الصيام، باب جواز صوم النافلة بنية من النهار قبل الزوال...

(٦) في ب: ولا.

قال: (وتُطلب ليلة القدر في العشر الأخير من رمضان، وليالي الوتر آكد، وأرجاها ليلة سبع وعشرين، ويدعو فيها بما روت عائشة قالت: «قلت يا رسول الله: إن وافقتها فبم أدعو: قال قولي: اللهم إنك عفو تحب العفو فاعف عني»[1]).

أما كون ليلة القدر تطلب في العشر الأخير من رمضان فلقوله ﷺ: «فالتمسوها في العشر الأواخر... مختصر»[2] متفق عليه.

وقال: «اطلبوها في العشر الأواخر»[3].

وقد جاء «أنه كان يوقظ أهله في العشر»[4]. و «أنه كان يجتهد فيه ما لا يجتهد في غيره»[5].

وأما كون ليالي الوتر آكد فلقوله ﷺ: «تحروا ليلة القدر في الوتر من العشر الأواخر من رمضان»[6] متفق عليه.

وفي لفظ: «فالتمسوها في التاسعة والسابعة والخامسة»[1] رواه البخاري.

---

(١) أخرجه الترمذي في جامعه (٣٥١٣) ٥: ٥٣٤ كتاب الدعوات.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٣٨٥٠) ٢: ١٢٦٥ كتاب الدعاء، باب الدعاء بالعفو والعافية.
وأخرجه أحمد في مسنده (٢٥٥٣٨) ٦: ١٨٣.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (١٩١٢) ٢:٧٠٩ كتاب صلاة التراويح، باب التماس ليلة القدر في السبع الأواخر. ومسلم في صحيحه (١١٦٧) ٢:٨٢٦ كتاب الصيام، باب فضل ليلة القدر والحث على طلبها...

(٣) أخرجه أحمد في مسنده (٢٢٧٢٦) ٥: ٣١٣.
وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٩٥١٠) ٢: ٣٢٤ كتاب الصيام، في العشر الأواخر من رمضان.

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه (١٩٢٠) ٢:٧١٢ كتاب صلاة التراويح، باب العمل في العشر الأواخر من رمضان. ومسلم في صحيحه (١١٧٤) ٢:٨٣٢ كتاب الاعتكاف، باب الإجتهاد في العشر الأواخر من شهر رمضان. والنسائي في سننه (١٦٣٩) ٣:٢١٧ كتاب قيام الليل، الاختلاف على عائشة في إحياء الليل.
وابن ماجة في سننه (١٧٦٨) ١: ٥٦٢ كتاب الصيام، باب في فضل العشر الأواخر من شهر رمضان.

(٥) أخرجه الترمذي في جامعه (٧٩٦) ٣: ١٦١ كتاب الصوم، باب منه.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (١٧٦٧) ١:٥٦٢ كتاب الصيام، باب في فضل العشر الأواخر من شهر رمضان.

(٦) أخرجه البخاري في صحيحه (١٩١٣) ٢:٧١٠ كتاب صلاة التراويح، باب تحري ليلة القدر في الوتر من العشر الأواخر.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١١٦٩) ٢: ٨٢٨ كتاب الصيام، باب فضل ليلة القدر والحث على طلبها...

وأما كون أرجاها ليلة سبع وعشرين فـ «لأن أبي بن كعب كان يحلف لا يستثني أنها ليلة سبع وعشرين . فقيل له: بأي شيء تقول ذلك يا أبا المنذر؟ فقال: بالعلامة أو بالآية التي أخبرنا رسول الله ﷺ . إنها تطلع يومئذ لا شعاع لها»[2] رواه مسلم.

وأما كون من وافقها يدعو فيها بدعاء عائشة المتقدم ذكره فلأن النبي ﷺ أمرها بذلك فقال قولي: «اللهم إنك عفو تحب العفو فاعف عني»[3] رواه الترمذي . وقال: حديث حسن.

وحكمه ﷺ على الواحد حكمه على الكل.

⇨

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (١٩١٩) ٢:٧١١ كتاب صلاة التراويح، باب رفع معرفة ليلة القدر لتلاحي الناس.

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه (٧٦٢) ٢:٨٢٨ كتاب الصيام، باب فضل ليلة القدر والحث على طلبها...

(٣) سبق تخريجه ص: ٥٠.



كتاب الاعتكاف

الاعتكاف في اللغة: لزوم الشيء وحبس النفس عليه براً كان أو غيره . ومنه قوله تعالى: {ولا تباشروهن وأنتم عاكفون في المساجد} [البقرة:١٨٧] ، وقوله تعالى: {ما هذه التماثيل التي أنتم لها عاكفون} [الأنبياء:٥٢].

قال الخليل: يقال عكف يعكُف ويعكِف.

وهو في الشرع: الإقامة في المسجد للطاعة وإياه أراد المصنف رحمه الله بقوله:

(وهو لزوم المسجد لطاعة الله تعالى).

قال: (وهو سنة إلا أن ينذره فيجب).

أما كون الاعتكاف سنة إذا لم يُنْذر فلأن النبي ﷺ فعله وداوم عليه[١].

فإن قيل: لم لا يكون واجباً لأن فعله للوجوب لا سيما مع المداومة؟.

قيل: لأن النبي ﷺ قال: «من أراد أن يعتكف فليعتكف العشر الأواخر»[٢] علقه بالإرادة ولو كان واجباً لما علقه بها.

وأما كونه يجب إذا نُذر فلقوله ﷺ: «من نذر أن يطيع الله فليطعه»[٣] أخرجه البخاري.

---

(١) عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه: «أن رسول الله ﷺ كان يعتكف في العشر الأوسط من رمضان فاعتكف عاماً حتى إذا كان ليلة إحدى وعشرين وهي الليلة التي يخرج من صبيحتها من اعتكافه، قال: من كان اعتكف معي فليعتكف العشر الأواخر، وقد أريت هذه الليلة ثم أنسيتها، وقد رأيتني أسجد في ماء وطين من صبيحتها، فالتمسوها في العشر الأواخر، والتمسوها في كل وتر».

أخرجه البخاري في صحيحه (١٩٢٣) ٢: ٧١٣ كتاب الاعتكاف، باب الاعتكاف في العشر الأواخر والاعتكاف في المساجد كلها.

وأخرجه مسلم في صحيحه (١١٦٧) ٢: ٨٢٤ كتاب الصيام، باب فضل ليلة القدر والحث على طلبها...

(٢) لم أقف عليه بهذا اللفظ . وقد سبق ذكر حديث أبي سعيد ، وفيه : «من كان اعتكف معي فليعتكف العشر الأواخر» .

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٦٣١٨) ٦: ٢٤٦٣ كتاب الأيمان والنذور، باب النذر في الطاعة.

قال: (ويصح بغير صوم. وعنه لا يصح فعلى هذا لا يصح في ليلة مفردة ولا بعض يوم).

أما كون الاعتكاف بغير صوم يصح على المذهب فلما روي عن عمر أنه قال: «يا رسول الله! إني نذرت في الجاهلية أن أعتكف ليلة في المسجد الحرام . فقال: أوف بنذرك»[1] رواه البخاري.

وروى ابن عباس أن النبي ﷺ قال: «ليس على المعتكف صيام إلا أن يجعله على نفسه»[2].

ولأنه يصح ابتداؤه بغير صوم فصح جميعه بغير صيام كسائر العبادات.

وأما كونه لا يصح بغيره على روايةٍ فلما روت عائشة أن النبي ﷺ قال: «لا اعتكاف إلا بصيام»[3] .

ولأنه لبث في مكان مخصوص فلا يكون قربة بمجرده كالوقوف بعرفة.

وأما قول المصنف رحمه الله: فعلى هذا إلى آخره فتفريع على رواية كون الاعتكاف بغير صوم لا يصح لأن الليلة المفردة وبعض اليوم غير قابل للصوم المشترط .

والأول أصح لما تقدم . والخبر عن عائشة لا نعلم صحته وإن صح فهو محمول على نفي الكمال ، والقياس نقول بموجبه وأنه يفتقر إلى النية.

قال: (ولا يجوز الاعتكاف من المرأة بغير إذن زوجها ، ولا العبد بغير إذن سيده . وإن شرعا فيه بغير إذن فلهما تحليلهما ، وإن كان بإذن فلهما تحليلهما إن كان تطوعاً ، وإلا فلا).

أما كون الاعتكاف من المرأة بغير إذن زوجها ، ومن العبد بغير إذن سيده لا يجوز فلأن منافعهما مملوكة لغيرهما ، وفي اعتكافهما تفويت لمنافعهما فلم يجز ذلك بغير إذن مستحق المنفعة.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٦٣١٩) ٦: ٢٤٦٤ كتاب الأيمان والنذور، باب إذا نذر أو حلف أن لا يكلم إنساناً في الجاهلية ثم أسلم.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٤: ٣١٨ كتاب الصيام، باب من رأى الاعتكاف بغير صوم.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٢٤٧٣) ٢:٣٣٣ كتاب الصوم، باب المعتكف يعود المريض.

ولأن الاعتكاف ليس بواجب عليهما فكان لمالك المنفعة منعهما قياساً على بقية الأشياء المملوك منعها.

وأما كون الزوج والسيد لهما تحليل المرأة والعبد إذا شرعا في ذلك بغير إذنهما فلأنه شروع غير جائز متضمن لفوات حقهما فملكا تحليلهما منه ليعود حقهما إلى ما كان.

وأما كون ذلك لهما إذا شرعا بإذن إن كان الاعتكاف تطوعاً فلأن الاعتكاف المذكور لا يلزم بالشروع.

ولأن لهما منعهما ابتداء فكذلك دواماً كالمعير إذا رجع فيما أذن فيه.

وأما كونهما ليس لهما ذلك إن لم يكن الاعتكاف تطوعاً كالمنذور فلأنه يتعين بالشروع فيه ويجب إتمامه فيصير كالحج إذا[1] أذنا فيه.

وفي كلام المصنف رحمه الله إشعار بأنهما لو شرعا في اعتكاف غير تطوع بغير إذن الزوج والسيد كان لهما تحليلهما لأنه شرط في المسألة الإذن في الشروع وهو صحيح لأنهما ليس لهما الدخول في الاعتكاف البتة لتضمنه فوات حق غيرهما وقد تقدم ذكره.

قال: (وللمكاتب أن يعتكف ويحج بغير إذن . ومن بعضه حر إن كان بينهما مهايأة فله أن يعتكف ويحج في نوبته ، وإلا فلا).

أما كون المكاتب له أن يعتكف ويحج بغير إذن سيده فلأن السيد لا يستحق منافعه وليس له إجباره على الكسب وإنما له دين في ذمته فهو بمنزلة الغريم.

وأما كون من بعضه حر له أن يفعل ذلك في نوبته إن كان بينهما مهايأة . وهو : أن يتفق هو ومالك بعضه أن يكون يوم له ويوم لمالك بعضه أو شهر وشهر أو سنة وسنة فلأن منافعه في تلك المدة لا يستحقها غيره بل هو بمنزلة الحر فيها فصح ذلك منه ككامل الحرية.

وأما كونه ليس له أن يفعل ذلك إذا لم يكن بينهما مهايأة فلما يتضمن من بطلان حق غيره وهو غير جائز.

---

(١) ساقط من ب.

قال: (ولا يصح الاعتكاف إلا في مسجد يُجَمّع فيه، إلا المرأة لها الاعتكاف في كل مسجد إلا مسجد بيتها[1]. والأفضل الاعتكاف في الجامع إذا كانت الجمعة تتخلله).

أما كون الاعتكاف لا يصح في غير مسجد فلقوله تعالى: {وأنتم عاكفون في المساجد} [البقرة:١٨٧] خصه بذلك ولو صح في غيرها لم يخص تحريم الاعتكاف بالمباشرة في المساجد.

وفي حديث عائشة: «أن رسول الله ﷺ كان يُدْخل عليّ رأسه وهو في المسجد فأُرَجِّله ، وكان لا يدخل البيت إلا لحاجة إذا كان معتكفاً»[2] متفق عليه.

ولا فرق في ذلك بين الرجل والمرأة «لأن زوجات رسول الله ﷺ كن يعتكفن في المسجد»[3] ولو صح في غيره لفعلنه ولو مرة تبييناً للصحة.

وأما كونه لا يصح من غير المرأة إلا في مسجد يُجَمَّع فيه -أي تقام فيه الجماعة- فلما روي عن عائشة أنها قالت: «لا اعتكاف إلا في مسجد جماعة»[4].

وعن حذيفة عن النبي ﷺ: «كل مسجد له مؤذن وإمام فالاعتكاف فيه يصح»[5] فالتخصيص بهذا يدل على عدم الصحة عند عدمه.

ولأن الجماعة واجبة على الرجال والاعتكاف في مسجد لا تقام فيه الجماعة مفض إلى الخروج إلى الصلوات الخمس وذلك ينافي الاعتكاف لأنه عبارة عن لزوم المسجد والخروج في النهار خمس مرات ينافي اللزوم.

---

(١) في ب: إلا في مسجد بيتها.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (١٩٢٥) ٢: ٧١٤ كتاب الاعتكاف، باب لا يدخل البيت إلا لحاجة.

وأخرجه مسلم في صحيحه (٢٩٧) ١: ٢٤٤ كتاب الحيض، باب جواز غسل الحائض رأس زوجها...

(٣) عن عائشة رضي الله عنها قالت: «كان النبي ﷺ يعتكف في العشر الأواخر من رمضان فكنت أضرب له خباء فيصلي الصبح ثم يدخله فاستأذنت حفصة عائشة أن تضرب خباء فأذنت لها فضربت خباءً فلما رأته زينب بنت جحش ضربت خباءً آخر...».

أخرجه البخاري في صحيحه (١٩٢٨) ٢:٧١٥ كتاب الاعتكاف، باب اعتكاف النساء.

وأخرجه مسلم في صحيحه (١١٧٢) ٢ :٨٣١ كتاب الاعتكاف، باب متى يدخل من أراد الاعتكاف في معتكفه.

(٤) أخرجه أبو داود في سننه (٢٤٧٣) ٢:٣٣٣ كتاب الصوم، باب المعتكف يعود المريض.

(٥) أخرجه الدارقطني في سننه (٥) ٢: ٢٠٠ كتاب الصيام ، باب الاعتكاف.

وأما كون المرأة لها الاعتكاف في كل مسجد غير مسجد بيتها فلأن اشتراط مسجد الجماعة في حق الرجل لأجل وجوب الجماعة عليه وذلك مفقود في المرأة.

وأما كونها ليس لها الاعتكاف في مسجد بيتها وهو الموضع الذي جعلته للصلاة من بيتها فلأنه لو جاز ذلك لاعتكف أزواج رسول الله ﷺ في بيوتهن ولو مرة واحدة تبييناً للجواز.

وأما كون الأفضل الاعتكاف في الجامع إذا كانت الجمعة تتخلله فلأنه لا يحتاج إلى الخروج إلى الجمعة .

وتقييد المصنف رحمه الله الأفضلية بتخلل الجمعة الاعتكاف مشعر بأنه إذا لم يتخلله لم يكن الجامع أفضل من غيره لأن مدة الاعتكاف إذا كانت لا يتخللها الجمعة لا يحتاج إلى الخروج فاستوى الجامع وغيره إذن ، وكونه أفضل يتضمن جواز الاعتكاف في غيره من المساجد لأنه مسجد تقام فيه الجمعة فيصح الاعتكاف فيه كمسجد الجامع .

فعلى هذا إذا فعل وجب عليه الخروج إلى الجمعة لأنها فرض عين فتقدم على الاعتكاف ، ولو كان الاعتكاف منذوراً لم يبطل لأنه خروج لواجب فلم يبطل بذلك كالمعتدة تخرج لقضاء العدة .

ولأنه لو نذر أياماً فيها جمعة خرج إليها وصار كأنه استثنى الجمعة أشبه ما لو استثنى بلفظ.

قال: (ومن نذر الاعتكاف أو الصلاة في مسجد فله فعله في غيره، إلا المساجد الثلاثة).

أما كون من نذر ما ذكر في مسجدٍ له فعله في غيره إلا المساجد الثلاثة فلأن الله تعالى لم يعين لأداء الفرض موضعاً فلم يتعين بالنذر.

وأما كون ما ذكر في أحد المساجد الثلاثة ليس له فعله في غيرها فلقوله ﷺ: « لا تشد الرحال إلا إلى ثلاثة مساجد : المسجدِ الحرام ، ومسجدي هذا ، والمسجد الأقصى »[1] متفق عليه.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (١١٣٢) ١: ٣٩٨ أبواب التطوع، باب فضل الصلاة في مسجد مكة والمدينة.

⇦

قال: (وأفضلها المسجد الحرام ثم مسجد المدينة ثم الأقصى، فإذا نذره في الأفضل لم يجز[1] في غيره، وإن نذره في غيره فله فعله فيه).

أما كون أفضل المساجد الثلاثة المسجد الحرام فلقوله ﷺ: «صلاة في مسجدي هذا خير من ألف صلاة فيما سواه إلا المسجد الحرام»[2] رواه مسلم.

وأما كون مسجد المدينة أفضل من المسجد الأقصى فلدخوله فيما سوى مسجد المدينة.

وأما كون من نذر الاعتكاف أو الصلاة في الأفضل لا يجزئه في غيره فلأنه مفضول.

فعلى هذا إذا نذره في المسجد الحرام لم يجزئه في مسجد المدينة ولا الأقصى ولو نذره في مسجد المدينة لم يجزئه في الأقصى لما ذكر.

وأما من نذر ذلك في المفضول له فعله في الأفضل فلأنه أفضل .

فعلى هذا لو نذره في الأقصى جاز في مسجد المدينة والحرام لأنهما أفضل منه ، ولو نذره في المدينة جاز في الحرام لأنه أفضل منه . وقد روي عن النبي ﷺ أن رجلاً قال: «يا نبي الله! إني نذرت إن فتح الله عليك مكة لأصلين في بيت المقدس . قال:

⇦

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٣٩٧) ٢: ١٠١٥ كتاب الحج، باب لا تشد الرحال إلا إلى ثلاثة مساجد.

(١) في ب: يجزه.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (١١٣٣) ١: ٣٩٨ أبواب التطوع، باب فضل الصلاة في مسجد مكة والمدينة.

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٣٩٤) ٢: ١٠١٣ كتاب الحج، باب فضل الصلاة بمسجدي مكة والمدينة.

وأخرجه الترمذي في جامعه (٣٩١٦) ٥: ٧١٩ كتاب المناقب، باب في فضل المدينة.

وأخرجه النسائي في سننه (٢٨٩٧) ٥: ٢١٣ كتاب مناسك الحج، فضل الصلاة في المسجد الحرام.

وأخرجه ابن ماجة في سننه (١٤٠٤) ١: ٤٥٠ كتاب إقامة الصلاة والسنة فيها، باب ماجاء في فضل الصلاة في المسجد الحرام ومسجد النبي ﷺ.

وأخرجه أحمد في مسنده (١٠٢٨٠) ٢: ٤٨٤.

هاهنا فصل[١] . فكرر الرجلُ والنبيُّ قولهما ثلاثاً . ثم قال : فوالذي بعث محمداً بالحق لو صليت هاهنا لقضى عنك ذلك كل صلاة في بيت المقدس »[٢] رواه أحمد.

قال: (ومن نذر اعتكاف شهر بعينه لزمه الشروع فيه قبل دخول ليلته إلى انقضائه).

أما كون من نذر ما ذكر يلزمه الشروع في الاعتكاف قبل دخول ليلة الشهر فلأن الشهر يدخل بغروب الشمس ولا يتمكن من استيفاء الليل إلا أن يدخل قبل غروب الشمس بلحظة وما لا يمكن استيفاء الواجب إلا به واجب كغسل جزء من الرأس مع الوجه وإمساك جزء من الليل مع النهار في الصوم.

وأما كون الاعتكاف إلى انقضاء الشهر فلأن ذلك داخل في مسمى نذره وفيه تنبيه على أنه لا يلزم[٣] ثلاثون يوماً بل يجزئه ذلك الشهر وإن كان ناقصاً لأن ذلك مقتضى نذره.

قال: (وإن نذر شهراً مطلقاً لزمه شهر متتابع، وإن نذر أياماً معدودة فله تفريقها إلا عند القاضي، وإن نذر أياماً وليالي متتابعة لزمه ما يتخللها من ليل ونهار)[٤].

أما كون من نذر شهراً مطلقاً يلزمه شهر متتابع فلأن الشهر عبارة عن الليل والنهار فإذا أطلق اقتضى التتابع كما لو حلف لا كلمت زيداً شهراً.

وأما كون من نذر أياماً معدودة له تفريقها عند غير القاضي فلأن الأيام المطلقة توجد بدون التتابع والنذر يقتضي ما يتناوله لفظه.

وأما كونه ليس له ذلك عند القاضي فلما ذكر في الشهر : فعلى عدم اشتراط التتابع لا يدخل في نذره الليل إلا أن ينويه أو يشترطه ، وعلى اشتراط التتابع يدخل الليل لما يأتي فيمن نذر أياماً متتابعة.

وأما كون من نذر أياماً أو ليالي متتابعة يلزمه ما يتخلل ذلك من ليل أو نهار فلأنه يلزمه التتابع وفاء بنذره ، ومن ضرورة التتابع دخول ما يتخلل ذلك.

---

(١) في ب: أفضل.

(٢) أخرجه أحمد في مسنده (٢٣٢١٧) ٥:٣٧٣.

(٣) في ب على أنه يلزم . بإسقاط : لا.

(٤) في ج: أو نهار.

فصل [في حكم خروج المعتكف]

قال المصنف رحمه الله: (ولا يجوز للمعتكف الخروج إلا إلى ما لا بد[1] منه كحاجة الإنسان والطهارة والجمعة والنفير المتعين والشهادة الواجبة والخوف من فتنة أو مرض والحيض والنفاس وعدة الوفاة ونحوه).

أما كون المعتكف لا يجوز له الخروج إلا لما لا بد[2] منه فلما روي عن عائشة أنها قالت: «السنة للمعتكف أن لا يخرج لحاجة إلا لما لا[3] بد منه»[4] رواه أبو داود.

وذلك ينصرف إلى سنة النبي ﷺ.

وعن عائشة قالت: «كان رسول الله ﷺ إذا اعتكف يدني إليّ رأسه فأُرَجِّله، وكان لا يدخل البيت إلا لحاجة الإنسان»[5] متفق عليه.

وأما قول المصنف رحمه الله: كحاجة الإنسان ... إلى آخره فتمثيل لصور لا بد من الخروج إليها. والمراد بحاجة الإنسان: البول والغائط والأكل والشرب ونحو ذلك. وقد دل حديث عائشة على جواز الخروج لذلك.

وبالطهارة الغسل من الجنابة والوضوء، وقدما على الاعتكاف وإن كان منذوراً لأن الحاجة تدعو لهما. ضرورة أن الجنب لا يحل له اللبث في المسجد، والمحدث لا تصح صلاته بغير وضوء لأنهما واجبان بإيجاب الله تعالى بخلاف النذر فإنه وجب بإيجاب الناذر، والجمعة معلومة وقد تقدم ما يدل على جواز الخروج لها. وفي معنى ذلك كل واجب كالنفير المتعين والشهادة الواجبة والحيض والنفاس لأن اللبث في

---

(١) في ج: إلا لما لا بد.

(٢) في ب: إلا إلى لا بد.

(٣) سقط لفظ: لا من ب.

(٤) أخرجه أبو داود في سننه (٢٤٧٣) ٢:٣٣٣ كتاب الصوم، باب المعتكف يعود المريض.

(٥) سبق تخريجه ص: ٥٦.

المسجد معهما حرام ، وكذلك عدة الوفاة لأنها تجب في المنزل الذي مات الزوج وهي فيه ، والخوف من فتنة أو مرض لأن ذلك مما يباح به ترك الجمعة التي يباح الخروج من الاعتكاف [لها ، فلأن يباح الخروج من الاعتكاف][1] لأجله أولى.

قال: (ولا يعود مريضاً ولا يشهد جنازة إلا أن يشترطه فيجوز، وعنه له ذلك من غير شرط).

أما كون المعتكف لا يعود مريضاً ولا يشهد جنازة إذا لم يشترط ذلك على المذهب فلما روت عائشة قالت: « كان النبي ﷺ يمر بالمريض فيمر كما هو ولا يعرج يسأل عنه »[2].

وروي عن عائشة أنها قالت: « السنة في المعتكف أن لا يعود مريضاً ولا يشهد جنازة»[3] رواهما أبو داود.

ولأن عيادة المريض سنة والاعتكاف المنذور[4] واجب فلا يترك الواجب . لسنة وصلاة الجنازة إن صلى غيره عليها فليست واجبة عليه ، وإن تعينت عليه يمكن فعلها في المسجد ولا وجه للخروج.

وأما كونه يجوز له ذلك على روايةٍ فلأنه يروى عن علي: « المعتكف يعود المريض ويشهد الجنازة »[5] .

والأولى أصح. وما روي عن علي ليس بثابت وبتقدير ثبوته يحمل على الاعتكاف التطوع جمعاً بين قوله وبين قول عائشة: « السنة في المعتكف أن لا يعود مريضاً ولا يشهد جنازة »[6].

---

(١) ساقط من ب.
(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٢٤٧٢) ٢:٣٣٣ كتاب الصوم، باب المعتكف يعود المريض.
(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٢٤٧٣) ، الموضع السابق.
(٤) في ب: والمنذور.
(٥) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٩٦٣١) ٢: ٣٣٤ كتاب الصيام، ما قالوا في المعتكف ما له إذا اعتكف مما يفعله.
وأخرجه عبدالرزاق في مصنفه (٨٠٤٩) ٤: ٣٥٦ كتاب الاعتكاف، باب سنة الاعتكاف.
(٦) سبق تخريجه قريباً.

وأما كونه يجوز له ذلك إذا اشترط فلأن الاشتراط يجعل الأشياء المذكورة كالمستثناة . أشبه ما لو نذر شهراً إلا يوماً معيناً فإنه له أن يفعل ذلك كله فيه.

قال: (وله السؤال عن المريض في طريقه ما لم يعرج ، والدخول إلى مسجد يُتِم اعتكافه فيه).

أما كون المعتكف له السؤال عن المريض في طريقه ما لم يعرج فلما روت عائشة قالت: «كنت أدخل البيت للحاجة والمريض فيه فما أسأل عنه إلا وأنا مارة»[1] متفق عليه.

ولأنه بالوقوف يترك اعتكافه ، وبالسؤال لا يتركه.

وأما كونه له الدخول إلى مسجد يُتِم اعتكافه فيه فلأن المسجد لا يتعين بالاعتكاف فإذا صار إلى غيره كان له إتمام الاعتكاف فيه.

قال: (فإن خرج لما لا بد منه خروجاً معتاداً كحاجة الإنسان والطهارة فلا شيء فيه، وإن خرج لغير المعتاد في المتتابع وتطاول خُيِّر بين استئنافه وإتمامه مع كفارة يمين، وإن فعله في متعين قضى. وفي الكفارة وجهان).

أما كون المعتكف إذا خرج لما لا بد منه خروجاً معتاداً كحاجة الإنسان ونحوها لا شيء فيه فلأنه خروج جائز معتاد فلم يجب فيه شيء كما لو لم يخرج.

ولأن الاعتكاف لا يخلو من ذلك فلو وجب فيه شيء لأدى إلى امتناع معظم الناس من الاعتكاف.

وأما كونه يخير بين استئناف الاعتكاف وبين إتمامه وكفارة يمين إذا خرج لغير المعتاد كالنفير والخوف والمرض ونحو ذلك وتطاول وكان الاعتكاف منذوراً متتابعاً غير معين فلأن كل واحد من الاستئناف والاتمام مع الكفارة محصل لنذره : أما الاستئناف فظاهر ، وأما الاتمام مع الكفارة فلأن الكفارة تجبر ما حصل من فوات التتابع .

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (٢٩٧) ١: ٢٤٤ كتاب الحيض، باب جواز غسل الحائض رأس زوجها... ولم أره عند البخاري.

وأخرجه ابن ماجة في سننه (١٧٧٦) ١: ٥٦٥ كتاب الصيام، باب في المعتكف يعود المريض ويشهد الجنائز.

وفي تقييد المصنف رحمه الله ذلك بالتطاول إشعار بأنه لو كان الزمن يسيراً لا يؤثر وهو صحيح لأن اليسير معفو عنه لقلته.

وأما كونه يقضي إذا فعل ذلك في متعين فلاستدراك ما فاته.

وأما كونه عليه الكفارة في وجه فلتركه المنذور في وقته.

وأما كونه لا كفارة عليه في وجه فلأنه خروج لا يبطل الاعتكاف أشبه الخروج لحاجة الإنسان.

قال: (وإن خرج لما له منه بد في المتتابع لزمه استئنافه، وإن فعله في معين فعليه كفارة، وفي الاستئناف وجهان).

أما كون المعتكف يلزمه الاستئناف إذا خرج لما له منه بد وكان الاعتكاف منذوراً متتابعاً فلأن الاعتكاف يبطل بالخروج لما تقدم ، وإذا بطل لزم استئنافه لأنه لا يمكن فعل المنذور على وجهٍ إلا به.

وأما كونه إذا فعل ذلك في معين عليه الكفارة فلتركه المنذور في وقته.

وأما كونه عليه الاستئناف في وجه فليستدرك التتابع.

وأما كونه ليس عليه ذلك في وجه فلأنه لا يمكن استئنافه على الوجه الذي أوجبه . ضرورة أنه أوجبه في زمان معين وذلك يتعذر عوده بعد مضيه فعلى هذا يتمم ذلك الزمان ثم يقضي ما فاته.

قال: (وإن وطئ المعتكف في الفرج فسد اعتكافه، ولا كفارة عليه إلا لترك نذره. وقال أبو بكر: عليه كفارة يمين. وقال القاضي: عليه كفارة ظهار.

وإن باشر دون الفرج فأنزل فسد اعتكافه وإلا فلا).

أما كون المعتكف إذا وطئ في الفرج يفسد اعتكافه فلأن الوطء في الاعتكاف حرام لقول الله تعالى: {ولا تباشروهن وأنتم عاكفون في المساجد تلك حدود الله فلا تقربوها} [البقرة:١٨٧] وإذا كان حراماً أفسده كالوطء في الحج والصوم.

وأما عدم وجوب الكفارة على المذهب بالوطء فلأن الاعتكاف عبادة لا تجب بأصل الشرع فلم يجب بإفساده بالوطء كفارة كالنوافل.

ولأنها عبادة لا يدخل المال في جبرانها فلم تجب الكفارة بإفسادها كالصلاة.

[وأما وجوب كفارة يمين على قول أبي بكر فلأنها كفارة نذر فكانت كفارة يمين كسائر الكفارات][1].

وأما وجوب كفارة الظهار على قول القاضي فلأنها كفارة وطء. أشبه وطء المظاهر.

وأما قول المصنف رحمه الله: "إلا لترك نذره" فتنبيه على أن نفي الكفارة هنا على المذهب إنما هو في نفيها بالوطء أما بغيره فلا لما تقدم من أنها تجب إذا ترك المنذور.

وأما كون من باشر دون الفرج فأنزل فسد اعتكافه وإذا لم ينزل لم يفسد فقياس على الصوم.

قال: (ويستحب للمعتكف التشاغل بفعل القرب واجتناب ما لا يعنيه، ولا يستحب له إقراء القرآن والعلم والمناظرة فيه إلا عند أبي الخطاب إذا قصد به الطاعة).

أما كون المعتكف يستحب له التشاغل بفعل القرب ؛ فلأن ذلك يستحب لغير المعتكف فالمعتكف أولى.

وأما كونه يستحب له اجتناب ما لا يعنيه ؛ فلأن النبي ﷺ قال: «من حسن إسلام المرء تركه ما لا يعنيه»[2] رواه الترمذي.

وأما كونه لا يستحب له إقراء القرآن والعلم والمناظرة فيه على قول أكثر أصحابنا ؛ فلأنها عبادة شرط لها المسجد فلا يستحب فيها ذلك كالصلاة والطواف.

وأما كونه يستحب له ذلك إذا قصد به الطاعة على قول أبي الخطاب ؛ فلأن نفعه يتعدى.

ولأنه قربة في نفسه أشبه الذكر. والحمد لله وحده وصلى الله على سيدنا محمد وآله وسلم.

---

(١) ساقط من ب.

(٢) أخرجه الترمذي في جامعه (٢٣١٧) ٤: ٥٥٨ كتاب الزهد.

وأخرجه ابن ماجة في سننه (٣٩٧٦) ٢: ١٣١٥ كتاب الفتن، باب كف اللسان في الفتنة.

كتاب المناسك

قال المصنف رحمه الله: (يجب الحج والعمرة في العمر مرة واحدة بخمسة شروط: الإسلام، والعقل. فلا يجب على كافر ولا مجنون ولا يصح منهما.

والبلوغ والحرية. فلا يجب على صبي ولا عبد. ويصح منهما. ولا يجزئهما إن بلغ الصبي أو عتق العبد[1] إلا أن يبلغ أو يعتق في الحج قبل الخروج من عرفة، وفي العمرة قبل طوافها فيجزئهما).

أما وجوب الحج. وهو في اللغة: القصد. ويحكى عن الخليل أنه قال: الحج كثرة القصد إلى من يعظمه.

قال الشاعر:

وأشهد من عوف حؤولا كثيرة ... يحجون سِبّ الزِّبرقان المزعفرا

أي يقصدون. والسِّب: العمامة.

والحج والحجة تفتح حاؤهما وتكسر.

وفي الشرع: اسم لأفعال مخصوصة.

وهو أحد أركان الإسلام بالكتاب والسنة والإجماع: أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿ولله على الناس حِجّ البيت من استطاع إليه سبيلا ومن كفر فإن الله غني عن العالمين﴾ [آل عمران:٩٧].

وأما السنة فقول النبي ﷺ: «بني الإسلام على خمس»[2] متفق عليه. ذكر منها حج البيت.

---

(١) زيادة من المقنع.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٨) ١: ١٢ كتاب الإيمان، باب الإيمان وقول النبي ﷺ: «بني الإسلام على خمس».

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٦) ١: ٤٥ كتاب الإيمان، باب بيان أركان الإيمان كلاهما من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

وأما الإجماع فأجمعت الأمة على وجوب الحج في الجملة .

وأما وجوب العمرة . وهي في اللغة : الزيارة .

وفي الشرع : عبارة عن أفعال مخصوصة فبالكتاب والسنة : أما الكتاب فقوله تعالى : ﴿وأتموا الحج والعمرة لله﴾ [البقرة:١٩٦] ومقتضى الأمر الوجوب . ثم عطفها على الحج . والأصل التساوي بين المعطوف والمعطوف عليه .

قال ابن عباس رضي الله عنهما : «إنها لقرينة الحج في كتاب الله تعالى»[١] .

وأما السنة فما روى الصُّبَيُّ بن معبد قال : «أتيت عمر فقلت : يا أمير المؤمنين ! إني أسلمت وإني وجدت الحج والعمرة مكتوبين عليّ فأهللت بهما . فقال عمر رضي الله عنه : هُديتَ لسنة نبيك ﷺ»[٢] . رواه النسائي وأبو داود .

ورويا أيضاً : «أن رجلاً قال : يا رسول الله! إن أبي شيخ كبير لا يستطيع الحج ولا العمرة ولا الظعن . قال : حج عن أبيك واعتمر»[٣] رواه الترمذي . وقال : حديث حسن صحيح .

وروي «أن رجلاً قال للنبي ﷺ : أوصني . قال : تقيم الصلاة ، وتؤتي الزكاة ، وتحج وتعتمر» .

وروي «أن رسول الله ﷺ كتب إلى أهل اليمن . وكان في الكتاب : وأن العمرةَ الحجُّ الأصغر»[٤] .

ولأنها تشتمل على إحرام وطواف وسعي فكانت واجبة كالحج .

وأما كون الواجب من ذلك في العمر مرة واحدة فلما روى أبو هريرة رضي الله عنه قال : « خطبنا رسول الله ﷺ فقال : أيها الناس ! إن الله قد فرض عليكم الحج

---

(١) ذكره البخاري في صحيحه معلقاً ٢: ٦٢٩ كتاب الحج ، باب وجوب العمرة وفضلها .

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (١٧٩٩) ٢: ١٥٨ كتاب المناسك ، باب في الإقران .
وأخرجه النسائي في سننه (٢٧١٩) ٥: ١٤٦ كتاب مناسك الحج ، القران .

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (١٨١٠) ٢: ١٦٢ كتاب المناسك ، باب الرجل يحج عن غيره .
وأخرجه الترمذي في جامعه (٩٣٠) ٣: ٢٦٩ كتاب الحج ، باب منه .
وأخرجه النسائي في سننه (٢٦٣٧) ٥: ١١٧ كتاب مناسك الحج ، العمرة عن الرجل الذي لا يستطيع .
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٩٠٦) ٢: ٩٧٠ كتاب المناسك ، باب الحج عن الحي إذا لم يستطع .
وأخرجه أحمد في مسنده (١٦٢٢٦) ٤: ١٠ .

(٤) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٤: ٣٥١ كتاب الحج ، باب من قال بوجوب العمرة...

فحجوا . فقال رجل : أكل عام ؟ فسكت حتى قالها ثلاثاً . فقال رسول الله ﷺ : لو قلت نعم لوجبت ولما استطعتم ... »[1] مختصر . رواه مسلم .

وأما ما يشترط لوجوبها فخمسة شروط : شرطان للوجوب والصحة وهما : الإسلام والعقل . فلا يجب واحد منهما على كافر ولا مجنون ولا يصح منهما .

أما عدم الوجوب فلأن الكافر والمجنون غير مخاطبين بفروع الإسلام ولذلك قال ﷺ : « رفع القلم عن المعتوه حتى يعقل ... »[2] مختصر . رواه أبو داود .

وأما عدم الصحة فلأن كل واحد من الحج والعمرة عبادة من شرطها النية وهي لا تصح منهما .

وشرطان للوجوب والإجزاء وهما : البلوغ والحرية . فلا يجب واحد منهما على صبي ولا عبد ويصح منهما ولا يجزئهما إلا أن يبلغ الصبي ويعتق العبد في الزمن المتقدم ذكره .

أما عدم الوجوب على الصبي فلأنه غير مكلف لقوله ﷺ : « رفع القلم عن الصبي حتى يبلغ ... »[3] مختصر . رواه أبو داود .

وأما على العبد فلأن مدتهما تطول فلم يجبا على العبد لما فيهما من إبطال حق سيده أشبه الجهاد .

وأما الصحة فلما روى ابن عباس رضي الله عنهما قال : « رفعت امرأة صبياً فقالت : يا رسول الله! ألهذا حج ؟ قال : نعم ولك أجر »[4] رواه مسلم .

وأما في العبد فلأنه من أهل العبادات فصح حجه وعمرته كالحر .

والشرط الخامس : الاستطاعة . وسيأتي ذكره .

وأما عدم الإجزاء إذا لم يبلغ الصبي ويعتق العبد في الزمن المتقدم ذكره فلما روى ابن عباس رضي الله عنهما قال : قال رسول الله ﷺ : « أيما صبي حج ثم بلغ فعليه حجة أخرى »[5] رواه الشافعي في مسنده .

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٣٣٧) ٢: ٩٧٥ كتاب الحج ، باب فرض الحج مرة في العمر .

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٤٤٠٢) ٤: ١٤٠ كتاب الحدود ، باب في المجنون يسرق أو يصيب حداً .

(٣) سبق تخريجه في الحديث السابق .

(٤) أخرجه مسلم في صحيحه (١٣٣٦) ٢: ٩٧٤ كتاب الحج ، باب صحة حج الصبي .

(٥) أخرجه الشافعي في مسنده (٧٤٣) ١: ٢٨٣ كتاب الحج ، باب فيما جاء في فرض الحج وشروطه .

ولأنهما فَعَلا العبادة وهما من غير أهل الوجوب فلم يجزئـهما إذا صـارا مـن أهـل الوجوب كالصبي يصلي ثم يبلغ في الوقت .

وأما الإجزاء إذا بلغ الصبي وعتق العبد قبل الوقوف في الحـج والطـواف في العمـرة فلأنهما أتيا بالنسك حال الكمال فأجزأهما كما لو وجد ذلك قبل الإحرام .

قال رحمه الله : (ويحرم الصبي المميز بإذن وليه وغير المميز يحرم عنه وليه ويفعل ما يعجز عنه من عمله ، ونفقة الحج وكفاراته في مال وليه ، وعنه : في مال الصبي) .

أما إحرام الصبي المميز بإذن وليه . ومعناه : أن إحرامه لا يصح بغير إذنـه فلأنـه قـد يؤدي إلى لزوم مال فلم ينعقد منه بنفسه كالبيع .

وأما إحرام الولي عن غير المميز فلأنـه فعـل لا يمكنـه فعلـه بنفسـه فنـاب عنـه وليه كسائر ما ينوب عنه فيه .

ومعنى إحرامه عنه عقده الإحرام له فيصير الصبي بذلك محرماً دون الولي كما يعقد له النكاح .

والولي هنا : من يلي ماله ، وأمُّه في ظاهر كلامه وظاهر الحديث المتقدم .

وقال القاضي : لا يصح لعدم ولايتها على ماله .

وفي سائر العصبات وجهان بناء على الأم .

وأما فعل الولي عن الصبي ما يعجز عن فعله فلما روى جابر رضـي الله عنـه قـال : « كنا إذا حججنا مع رسول الله ﷺ لَبَّيْنا عن الصبيان ورمينا عنهم »[1] رواه ابن ماجة .

وروي « أن أبا بكر طاف بابن الزبير في خرقة »[2] رواه الأثرم .

فعلى هذا ما يمكن الصبي فعله من وقوف وغيره لزمه فعله لأن النيابة إنما تجـوز مـع العجز وذلك منتف .

وأما نفقة الحج ففيها روايتان :

إحداهما : أنها في مال الولي لأنه أدخله وغرر بماله .

والثانية : أنها في مال الصبي لأن ذلك من مصلحته ليألف الحج ويتمرن عليـه أشبه أجرة المعلم والطبيب وأجرة من يحمله ليشاهد الجمعة والجماعات .

والأول أصح لما ذكر .

---

(١) أخرجه ابن ماجة في سننه (٣٠٣٨) ٢: ١٠١٠ كتاب المناسك ، باب الرمي عن الصبيان .

(٢) أخرجه عبدالرزاق في مصنفه (٩٠٢٦) ٥: ٧٠ كتاب المناسك، باب أيّ حين يكره الطواف...

والمراد بنفقة الحج ما يزيد على نفقة الحضر لأن نفقة الحضر في مال الصبي بغير خلاف .

وصرح المصنف رحمه الله في المغني بأن الروايتين في الزائد على نفقة الحضر . و لم يذكر في القدْر الذي يجب له في الحضر خلافا بل أوجبها في مال الصبي .

وأما الكفارة فما اختلف عمده وسهوه كاللباس والطيب فلا فدية فيه على الصبي ؛ لأن عمده خطأ ، وما لا يختلف عمده وسهوه فالفدية فيه بفعل الصبي وفي محلها الروايتان المتقدمتان .

قال رحمه الله : (وليس للعبد الإحرام إلا بإذن سيده ، ولا للمرأة الإحرام نفلاً إلا بإذن زوجها . فإن فعلا فلهما تحليلهما ويكونان كالمحصر . وإن أحرما بإذن لم يجز تحليلهما . وليس للزوج منع امرأته من حج الفرض ولا تحليلها إن أحرمت به).

أما كون العبد ليس له الإحرام بغير إذن سيده وكون المرأة ليس لها الإحرام نفلاً بغير إذن زوجها فلأن إحرامهما يتضمن إسقاط حق السيد والزوج فلم يجز لهما ذلك لئلا يؤدي إلى إسقاط حق المستحق .

وأما إطلاق المصنف رحمه الله منع العبد من الإحرام وتقييده في المرأة بكونه نفلاً فلأن العبد لا يجب عليه بحال فصح الإطلاق والمرأة يكون الحج تارة واجباً عليها وتارة تحج متطوعة فاحتاج إلى التقييد بكونه نفلاً لأنه ليس له منعها إذا كان فرضاً وسيأتي ذكره .

وأما كون السيد والزوج لهما تحليلهما إذا فعلا ذلك بغير إذنهما فلأن حقهما ثابت لازم فكان لهما إخراجهما من الإحرام المفوت له كما لو اعتكفا . وفي تحليلهما إشعار بانعقاد إحرامهما وإن وقع بغير إذن وهو صحيح لأن الإحرام عبادة بدنية فصحت بغير إذن كالصلاة .

وأما حكمهما بعد تحليلهما فكالمحصر . وسيأتي ذكره بعد إن شاء الله تعالى[1] .

وأما كونهما ليس لهما تحليلهما إذا أحرما بإذن فلأن الحج عبادة تلزم بالشروع فلم يملكا تحليلهما من الإحرام إذا شرعا بإذن كقضاء رمضان .

---

(١) ص: ٢٠٧.

وأما كون الزوج ليس له منع امرأته من حج الفرض ولا تحليلها إن أحرمت به فلأنه واجب بأصل الشرع أشبه صوم رمضان .

فصل [في الاستطاعة]

قال المصنف رحمه الله : (الشرط الخامس : الاستطاعة . وهو : أن يملك زاداً وراحلة صالحة لمثله بآلتها الصالحة لمثله ، أو ما يقدر به على تحصيل ذلك فاضلاً عما يحتاج إليه من مسكن وخادم وقضاء دينه ومؤونته ومؤونة عياله على الدوام . ولا يصير مستطيعاً ببذل غيره بحال . فمن كملت له هذه الشروط وجب عليه الحج على الفور) .

أما اشتراط الاستطاعة لوجوب الحج فلأن الله سبحانه وتعالى قال : ﴿ولله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلا﴾ [آل عمران:٩٧] قيّد الوجوب بالاستطاعة .

وقال ﷺ : « بني الإسلام على خمس . ذكر منها : حج البيت من استطاع إليه سبيلا »[١] .

ولأن الحج عبادة يتعلق بقطعها مسافة بعيدة فاعتبر لوجوبها الاستطاعة كالجهاد .

فإن قيل : هل الاستطاعة شرط في الصحة والإجزاء ؟

قيل : لا ؛ لأن خَلْقاً من الصحابة حجوا ولا شيء لهم ولم يؤمروا بإعادة ذلك .

ولأن الاستطاعة إنما اشترطت للوصول فإذا وصل وفعل الأفعال المعتبرة وجب أن تصح وتجزئ عنه كما لو تكلف المريض فصلى قائماً أو سعى إلى الجمعة فصلاها .

وأما قول المصنف رحمه الله : وهو أن يملك إلى آخره فبيان ماهية الاستطاعة شرعاً . وفي الحديث عن ابن عمر قال : « جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال : يا رسول الله! ما يوجب الحج ؟ قال : الزاد والراحلة »[٢] رواه الترمذي . وقال : حديث حسن .

وأما اشتراط صلاحية ذلك لمثله[١] فلأن ذلك معنى يتعلق به أمر شرعي فاعتبر فيه الصلاحية كالنفقة والسكنى في حق الزوجة .

---

(١) سبق تخريجه ص: ٦٥.

(٢) أخرجه الترمذي في جامعه (٨١٣) ٣: ١٧٧ كتاب الحج ، باب ما جاء في إيجاب الحج بالزاد والراحلة .

ولأن في تكليف الإنسان ما لا يصلح له ضرراً عليه .

فعلى هذا يعتبر في الزاد أن يكون من الخاص إن كان الحاج من أولاد الأمراء والتجار . ومن الكاصة إن كان من أولاد السوقة . وفي الراحلة وآلتها أن يكون جملاً جيداً بمحارة[2] إن كان كالأول . وإن كان من أولاد السوقة وهو قادر على الركوب على القتب فلا تشترط له المحارة ولا كون الجمل جيداً ، ولو كان ضعيفاً لا يمكنه الركوب على القتب اشترط في حقه ما يمكنه الركوب معه .

وأما اعتبار ملك ذلك أو القدرة على تحصيله بدراهم أو دنانير أو نحو ذلك فلأن المشترط الاستطاعة وهي حاصلة بكل واحد منهما .

وأما كون الزاد والراحلة المتقدم ذكرهما فاضلاً عما يحتاج إليه من مسكن وخادم فلأن المسكن والخادم من حوائجه الأصلية .

ولأن المفلس يقدم بذلك على غرمائه فلأن يقدم الإنسان بذلك على حجه بطريق الأولى .

وأما كونهما فاضلين عن قضاء دينه فلأن ذمته مشغولة به وبه حاجة إلى براءتها .

وأما كونهما فاضلين عن مؤونته ومؤونة عياله فلأن ذلك مقدم على الدين المقدم على الحج فلأن يقدم على الحج بطريق الأولى .

وفي الحديث : «كفى بالمرء إثماً أن يُضيّعَ من يقوت»[3] رواه أبو داود .

وأما قول المصنف رحمه الله : على الدوام ففيه نظر وذلك أنه ذكر في المغني والكافي نفقة العيال . وقال فيهما : إلى أن يعود . وكذلك قال سائر الأصحاب . وطريق التصحيح أن يحمل قوله هنا على ذلك ، ويمكن أن يحمل ذلك على ظاهره ويكون قد قصد النفقة عليه وعلى عياله في ذهابه وعوده وما بعد ذلك . فإن أبا الخطاب وغيره ذكر نفقة العيال إلى أن يعود . ثم قال : وأن يكون له إذا عاد ما يكفيه من صناعة أو تجارة أو عقار . إلا أن ظاهر كلامه في المغني يقتضي عدم اشتراط ذلك لأنه ذكر نفقة العيال والمسكن والخادم وعلل ذلك . ثم قال : وذكر أبو الخطاب أن من شرط وجوب الحج عليه أن يكون له إذا رجع ما يكفيه من تجارة أو عقار أو نحو ذلك .

⇨

(١) زيادة يقتضيها السياق.

(٢) المحارة: شبه الهَوْدج.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (١٦٩٢) ٢: ١٣٢ كتاب الزكاة ، باب في صلة الرحم .

فإن قيل : المعتبر في المسكن والخادم ملكهما أو استئجارهما ؟

قيل : ليس في كلام المصنف رحمه الله هنا ولا في بقية كتبه ما يؤذن بذلك لكن ينبغي -والله أعلم- أن ينظر إلى حاله : فإن كان ممن عادته اتخاذ ذلك ملكاً له لم يجب إلا أن يفضل ماله عن ثمن ذلك ، وإن كان ممن عادته اتخاذ ذلك استئجاراً لم يقف الوجوب على كونه فاضلاً عن الثمن بل يكون حكم الأجرة حكم نفقته .

وأما عدم صيرورة الإنسان مستطيعاً ببذل غيره بحال فلأن عليه فيه منة فلم يلزمه قبوله كما لو بذلت له الرقبة في الكفارة ، وإذا لم يلزمه القبول بقي على ما كان عليه من عدم القدرة على الحج فلا يصير مستطيعاً .

وأما وجوب الحج على من كملت له هذه الشروط فلما تقدم من الكتاب والسنة والإجماع أول الباب السالمة عن معارضة اشتراط الشروط المذكورة .

وأما وجوبه على الفور فلما روي عن النبي ﷺ أنه قال : « من أراد الحج فليتعجل فإنه قد يمرض المريض وتضل الضالة وتعرض الحاجة »[1] رواه ابن ماجة .

وعن علي رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ : « من ملك زاداً وراحلة توصله إلى بيت الله و لم يحج فلا عليه أن يموت يهودياً أو نصرانياً »[2] رواه الترمذي .

ولأنه أحد أركان الإسلام فلم يجز تأخيره إلى غير وقت كالصيام .

قال رحمه الله : (فإن عجز عن السعي إليه لكبر أو مرض لا يرجى برؤه لزمه أن يقيم من يحج عنه ، ويعتمر من بلده ، وقد أجزأ عنه وإن عوفي) .

أما لزوم من عجز عن السعي إلى الحج لكِبَر أو مرض لا يرجى برؤه إقامة من يحج عنه ويعتمر فلما روى ابن رَزين : « أنه أتى النبي ﷺ فقال : يا رسول الله! إن أبي شيخ كبير لا يستطيع الحج ولا العمرة ولا الظعن . قال : حج عن أبيك واعتمر »[3] وهو حديث حسن .

وأما قول المصنف رحمه الله : من بلده فتنبيه على الموضع الذي يجب الحج منه وذلك بلده أو الموضع الذي أيْسَرَ فيه . وذلك في حق الحي العاجز عن السعي والميت

---

(١) أخرجه ابن ماجة في سننه (٢٨٨٣) ٢: ٩٦٢ كتاب المناسك ، باب الخروج إلى الحج .

(٢) أخرجه الترمذي في جامعه (٨١٢) ٣: ١٧٦ كتاب الحج ، باب ما جاء في التغليظ بترك .

(٣) سبق تخريجه ص: ٦٦.

الذي وجب عليه قبل موته لأن الحج يجب على المنوب مِنْ ذلك فكذلك النائب لأن القضاء على وفق الأداء كقضاء الصلاة والصيام .

وأما إجزاء ذلك عنه وإن عوفي فلأنه أتى بما أمر به فخرج عن عهدته كما لو لم يبرأ .

ولأنه أدى حجة الإسلام بأمر الشرع فلم يلزمه حج ثان كما لو حج بنفسه .

قال رحمه الله : (ومن أمكنه السعي إليه لزمه ذلك إذا كان في وقت المسير ووجد طريقاً آمنا لا خفارة فيه يوجد فيه الماء والعلف على المعتاد .

وعنه : أن إمكان المسير وتخلية الطريق من شرائط الوجوب .

وقال ابن حامد : إن كانت الخفارة لا تجحف بماله لزمه بذلها) .

أما اشتراط إمكان المسير وتخلية الطريق للزوم الأداء لا للوجوب على الرواية الأولى فلأنهما عذران يمنعان الأداء فقط فلم يمنعا الوجوب كالمرض .

وأما اشتراطهما للوجوب على الرواية الثانية فلأنه لا يستطاع فعله بدونهما فكانا شرطين للوجوب كالزاد والراحلة .

فإن قيل : ما فائدة اختلاف الروايتين ؟

قيل : فائدته أن الشروط الخمسة لو وجدت في شخص ثم مات ، فإن قلنا أنهما شرطان للزوم الأداء حُجّ عنه لأنه مات بعد أن وجب عليه الحج ، وإن قلنا أنهما شرطان للوجوب لم يجب أن يستناب عنه لأنه لم يجب عليه بعد .

وأما كونها موجوداً فيها الماء والعلف فلأنه لو كلف حمل الماء وعلف دوابه من بلده إلى مكة لكان فيه مشقة عظيمة .

وأما قول المصنف رحمه الله : على المعتاد فمعناه لا يعتبر ذلك في كل منزله لأنه لو اعتبر ذلك لم يجب الحج البتة بل المعتبر ما هو عادة مثل وجود الماء في المنازل المعروفة ووجود الكلأ في مظانه . فعلى هذا يجب عليه حمل الماء من منهل إلى منهل وحمل الكلأ ونحوه من موضع إلى موضع .

فإن قيل : هلا وجب عليه حمل الماء والعلف من بلده كزاده ؟

قيل : لأنه لم تجر العادة بذلك بخلاف الزاد فوجب أن يحمل كل واحد منهما على المعتاد فيه .

وأما معنى إمكان المسير فهو أن الشروط المشترطة في الحج إذا اجتمعت في زمن ينبغي أن يكون ذلك الزمن واسعاً للسفر من موضعه إلى مكة . مثل أن تجتمع الشروط للدمشقي في أول شوال فإن لم يكن الزمن واسعاً لم يكن المسير في تلك السنة ممكنا .

وأما معنى تخلية الطريق فأن تكون آمنة موجوداً فيها الماء والعلف على المعتاد .

وأما كونها آمنة فلأنها إذا كانت خائفة يكون معذوراً في القعود لما في المسير من احتمال الضرر .

فإن كان الأمن يحصل ببذل شيء خفارة نظرت فيه فإن كانت كثيرة لم تلزمه لأن في بذل ذلك ضرراً فلم يلزمه لقوله ﷺ : « لا ضرر ولا ضرار »[1] .

وإن كانت يسيرة فالمذهب أنه لا يلزمه بذلها لأن فيه صغاراً .

وقال ابن حامد : إن كانت الخفارة لا تجحف بماله لزمه بذلها لأنها غرامة يقف إمكان الحج على بذلها فلم يمنع الوجوب مع إمكان بذلها كثمن الماء وعلف البهائم .

قال رحمه الله : (ومن وجب عليه الحج فتوفي قبله أخرج عنه من جميع ماله حجة وعمرة . فإن ضاق ماله عن ذلك أو كان عليه دين أخذ للحج بحصته وحج به من حيث يبلغ) .

أما وجوب إخراج حجة وعمرة من مال من وجب عليه الحج ثم توفي قبل فعله فـ « لأن النبي ﷺ لما سئل عمن عليه حج . قال : أرأيت لو كان على أبيك دين أكنت قاضيه ؟ قال : نعم . قال : فاقض فالله أحق بالوفاء »[2] رواه النسائي .

شبّه الحج بالدين وسوّاه به فوجب أن يخرج من ماله كالدين .

وأما كون ذلك من جميع المال فلأن النبي ﷺ شبهه بالدين والدين يجب من جميع المال فكذا المشبه .

وأما الأخذ بحصة الحج إذا ضاق مال الميت عن ذلك أو كان عليه دين فلأن الحج كالدَّين والدين مع الدين يقسم المال بينهما بالحصص فكذا الحج والدين .

وقال بعض أصحابنا : يقدم الدين على الحج لأنه حق آدمي مبني على الشح بخلاف الحج فإنه حق الله مبني على المسامحة .

---

(١) أخرجه ابن ماجة في سننه (٢٣٤١) ٢: ٧٨٤ كتاب الأحكام ، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره . قال في الزوائد: في إسناده جابر الجعفي متهم.

(٢) أخرجه النسائي في سننه (٢٦٣٢) ٥: ١١٦ كتاب مناسك الحج ، الحج عن الميت الذي نذر أن يحج .

وأما الحج بالحصة من حيث يبلغ فلأنه لا يمكن من أكثر من ذلك .

فإن قيل : ما مثال ذلك ؟

قيل : أن يخلف مائة وعليه مائة والحج من بلده يجيء بمائة فيطلع للحج خمسون فأي موضع أمكنه فعل الحج منه بذلك المقدار وجب فعله لأنه أمكنه فعل بعض الواجب عليه فوجب لقوله ﷺ : «إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم»[1] .

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٦٨٥٨) ٦: ٢٦٥٨ كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة ، باب الاقتداء بسنن رسول الله ﷺ .

فصل في اشتراط المَحرم]

قال المصنف رحمه الله : (ويشترط لوجوب الحج على المرأة وجود محرمها . وهو : زوجها أو من تحرم عليه على التأبيد بنسب أو سبب مباح إذا كان بالغاً عاقلاً . وعنه : أن المحرم من شرائط لزوم الأداء فإن مات المحرم في الطريق مضت في حجتها ولم تصر محصرة).

أما اشتراط المَحْرَم لوجوب الحج أو للزوم الأداء على المرأة ففيه روايتان وجههما ما تقدم في المسير وتخلية الطريق[1] .

وأما المُراد بالمحرم فما ذكره المصنف رحمه الله لأن أبا سعيد الخدري رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ : «لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تسافر سفراً يكون ثلاثة أيام فصاعداً إلا ومعها أبوها أو ابنها أو زوجها أو ذو محرم منها»[2] رواه مسلم وأبو داود وابن ماجة .

وأما قوله : أو سبب مباح فيدخل فيه من حَرُم عليه نكاحها بالرضاع وهو محرم ؛ لأنه حرم عليه نكاحها بسبب شرعي أشبه النسب .

ويخرج منه من حَرُم نكاحها بالزنا أو وطء شبهة لأنه ليس مأموناً عليها أشبه الأجنبي .

ولأن تحريمها بسبب غير مشروع فلم يثبت به حكم إباحة النظر كالتحريم الثابت باللعان .

---

(١) ص: ٧٣.

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه (١٣٤٠) ٢: ٩٧٧ كتاب الحج، باب سفر المرأة مع محرم إلى حج وغيره.
وأخرجه أبو داود في سننه (١٧٢٦) ٢: ١٤٠ كتاب المناسك ، باب في المرأة تحج بغير محرم .
وأخرجه الترمذي في جامعه (١١٦٩) ٣: ٤٧٢ كتاب الجنائز ، باب ما جاء في كراهية أن تسافر المرأة وحدها .
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٨٩٨) ٢: ٩٦٨ كتاب المناسك ، باب المرأة تحج بغير ولي .
وأخرجه أحمد في مسنده (١١٥٣٣) ٣: ٥٤ .

وأما ما يشترط في المَحْرَم فبلوغه وعقله لأن الصبي والمجنون لا يقومان بأنفسهما فكيف يَخرجان مع غيرهما .

وأما مضيها في حجتها وعدم صيرورتها محصرة إذا مات المحرم في الطريق فلأنها لا تستفيد بالتحليل شيئاً لأن رجوعها يكون بغير محرم .

ولأن المريض لما لم يستفد بالتحلل زوال الأذى لم يبح له التحلل كالمحصر فكذلك هاهنا .

قال رحمه الله : (ولا يجوز لمن لم يحج عن نفسه أن يحج عن غيره ولا نذره ولا نافلة . فإن فعل انصرف إلى حجة الإسلام . وعنه : يقع ما نواه) .

أما عدم جواز حج من لم يحج عن نفسه إذا حج عن غيره فلما روى ابن عباس رضي الله عنهما «أن رسول الله ﷺ سمع رجلاً يقول : لبيك عن شبرمة . فقال النبي ﷺ : من شبرمة ؟ قال : قريب لي . قال : حججت قط ؟ قال : لا . قال : فاجعل هذه عن نفسك ثم حج عن شبرمة »[1] رواه أبو داود وابن ماجة ، وهذا لفظه .

ولأنه حج عن غيره قبل الحج عن نفسه فلم يجز كما لو كان صبياً .

وأما عدم جواز حج من عليه حجة الإسلام عن نذره أو نافلة فلأن حجة الإسلام واجبة عليه فلم يجز أن يصرف فعله إلى غيرها كما لو أراد أن يحج عن غيره .

وأما انصراف ذلك إلى حجة الإسلام في الصور الثلاث على المذهب فلأنه أحرم بالحج وعليه فرضه فوجب أن يقع عن فرضه كما لو أطلق .

وأما وقوعه عما نواه من نذر أو نافلة على روايةٍ فلأنه نواه فيقع لقوله ﷺ : «وإنما لامرئ ما نوى »[2] .

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (١٨١١) ٢: ١٦٢ كتاب المناسك ، باب الرجل يحج عن غيره .
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٩٠٣) ٢: ٩٦٩ كتاب المناسك ، باب الحج عن الميت .

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (١) ١: ٣ بدء الوحي ، باب كيف كان بدء الوحي إلى رسول الله ﷺ .
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٩٠٧) ٣: ١٥١٥ كتاب الإمارة، باب قوله ﷺ : «إنما الأعمال بالنية... ».

قال رحمه الله : (وهل يجوز لمن يقدر على الحج بنفسه أن يستنيب في حج التطوع ؟ على روايتين) .

أما الجواز على روايةٍ فلأنها حجة لا تلزمه بنفسه فجاز أن يستنيب فيها كالمعضوب .

وأما عدمه على روايةٍ فلأنه قادر على الحج بنفسه فلم يجز له الاستنابة فيه كالفرض .

قال المصنف رحمه الله في المغني : حج التطوع ينقسم ثلاثة أقسام :

أحدها : قادر لم يحج حجة الإسلام فهذا لا يصح أن يستنيب في حج التطوع ؛ لأنه لا يصح أن يفعله بنفسه فنائبه أولى .

الثاني : من أدى حجة الإسلام ثم عجز فهذا يصح أن يستنيب في التطوع ؛ لأنه إذا جاز في الفرض فالنفل أولى .

الثالث : من أدى حجة الإسلام وهو قادر وقت الاستنابة على الحج بنفسه فهذا هل يجوز له الاستنابة في التطوع ؟ فيه روايتان .

وعلى هذا القسم يجب حمل كلام المصنف رحمه الله .

باب المواقيت

قال المصنف رحمه الله: (وميقات أهل المدينة من ذي الحليفة، وأهل الشام ومصر والمغرب الجحفة، وأهل اليمن يَلَمْلَم، وأهل نجد قَرَن، وأهل المشرق ذات عرق. وهذه المواقيت لأهلها ولمن مر عليها من غيرهم، ومَنْ منزله دون الميقات فميقاته من موضعه).

أما كون المواقيت المذكورة لأهل البلاد المذكورة فلما روى ابن عباس رضي الله عنهما قال: «وقّتَ رسول الله ﷺ لأهل المدينة ذا الحليفة، ولأهل الشام الجحفة، ولأهل نجد قرن، ولأهل اليمن يلملم. قال: فهن لأهلهن ولمن أتى عليهن من غير أهلهن ممن كان يريد الحج والعمرة. فمن كان دونهن مَهِلّه من أهله وكذلك أهل مكة يهلون منها»[1] متفق عليه.

وفي لفظ لعائشة: «ولأهل العراق ذات عرق ... مختصر»[2] رواه أبو داود.

وروى البخاري «أن عمر رضي الله عنه حد -يعني لأهل العراق- ذات عرق»[3].

وأما كون ميقات مَنْ منزله دون الميقات من موضعه فلما تقدم من حديث ابن عباس من قوله: «فمن كان دونهن مهله من أهله»[4].

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (١٤٥٧) ٢: ٥٥٥ كتاب الحج، باب مهل أهل اليمن.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١١٨١) ٢: ٨٣٨ كتاب الحج، باب مواقيت الحج والعمرة.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (١٧٣٩) ٢: ١٤٣ كتاب المناسك، باب في المواقيت.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (١٤٥٨) ٢: ٥٥٦ كتاب الحج، باب ذات عرق لأهل العراق.

(٤) سبق تخريجه قريباً.

قال رحمه الله : (وأهل مكة إذا أرادوا العمرة فمن الحل . وإن أرادوا الحج فمن مكة . ومن لم يكن طريقه على ميقات فإذا حاذى أقرب المواقيت إليه أحرم) .

أما كون ميقات المكي لعمرته من الحل فـ « لأن النبي ﷺ أمر عبدالرحمن بن أبي بكر أن يعمر عائشة من التنعيم »[1] متفق عليه .

ولأن أفعال العمرة كلها في مكة فلم يكن بد من الحل ليجمع بين الحل والحرم في إحرامه بخلاف ما إذا حج فإنه لا بد أن يخرج إلى عرفات فيحصل له الجمع بينهما .

وأما كون ميقاته بحجة من مكة فلأن في الحديث المتقدم : « وكذلك أهل مكة يهلون من مكة »[2] .

فإن قيل : الحديث شامل للحج والعمرة فلم اختص بالحج ؟

قيل : لما فيه من الجمع بينه وبين إعمار عائشة من التنعيم .

فإن قيل : الكلام في المكي ، وعائشة رضي الله عنها لم تكن مكية ؟

قيل : المراد بأهل مكة من كان قاطناً بها ومن هو فيها على كل حال لاستوائهما معنى .

وأما إحرام من لم يكن طريقه على ميقاتٍ إذا حاذى أقرب المواقيت إليه فـ « لأن عمر رضي الله عنه قال لأهل العراق لما سألوه الميقات : انظروا حذوها من طريقكم »[3] رواه البخاري .

ولأن هذا مما يعرف بالاجتهاد والتقدير فإذا اشتبه دخله الاجتهاد كالقبلة .

قال رحمه الله : (ولا يجوز لمن أراد دخول مكة تجاوز الميقات بغير إحرام إلا لقتال مباح أو حاجة متكررة كالحطّاب ونحوه . ثم إن بدا له النسك أحرم من موضعه . ومن جاوزه مريداً للنسك رجع فأحرم منه . فإن أحرم من موضعه فعليه دم وإن رجع إلى الميقات) .

أما عدم جواز تجاوز الميقات غير مُحْرِمٍ لمن أراد دخول مكة لغير قتال وحاجة متكررة فلأن النبي ﷺ وقّت المواقيت المتقدمة وقال : « هن لهن ولمن أتى عليهن »[1] .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٨٢٣) ٣: ١٠٨٩ كتاب الجهاد والسير ، باب إرداف المرأة خلف أخيها .
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٢١٢) ٢: ٨٨٠ كتاب الحج ، باب بيان وجوه الإحرام...

(٢) سبق تخريجه قريباً.

(٣) سبق تخريجه قريباً.

ولأنه لم ينقل عن النبي ﷺ ولا عن أحد من أصحابه تجاوز الميقات غير محرم إلا فيما يأتي ذكره ولو كان ذلك جائزاً لفعل ولو مرة تبييناً للجواز .

ولأنه لو جاز تجاوز غير محرم لما وجب على من نذر دخول مكة الإحرام وهو واجب لما يأتي في موضعه .

وأما جواز تجاوزه غير محرم لمن أراد دخول مكة لقتال مباح فـ « لأن النبي ﷺ دخل يوم فتح[2] مكة وعلى رأسه المغفر »[3] ولم ينقل أنه أحرم هو ولا أحد من أصحابه .

وأما جوازه لمن له حاجة متكررة كالحطّاب والحشّاش فلأنه لو وجب ذلك عليه مع تكرره لأدى إلى ضرره وحصول المشقة وذلك منفي شرعاً .

وأما إحرام من بدا له النسك بعد تجاوزه الميقات غير محرم من موضعه فلأنه حينئذ بدا له النسك فيحرم من موضعه كمن منزله دون مكة .

وأما رجوع من جاوزه مريداً للنسك إلى الميقات وإحرامه منه فلأن الإحرام من الميقات واجب ومن قدر على الواجب لزمه فعله .

وأما وجوب الدم عليه إذا أحرم من موضعه فلأنه ترك الواجب .

وأما قول المصنف رحمه الله : وإن رجع إلى الميقات فتنبيه على أن الرجوع إلى الميقات بعد الإحرام من دونه لا يُسقط الدم لأنه استقر وجوبه بإحرامه من دون الميقات فلم يسقط كمن لم يرجع .

قال رحمه الله : (والاختيار أن لا يحرم قبل ميقاته ، ولا يحرم بالحج قبل أشهره فإن فعل فهو محرم . وأشهر الحج شوال وذو القعدة وعشر من ذي الحجة) .

أما كون الاختيار أن لا يحرم قبل الميقات فـ « لأن النبي ﷺ أحرم من ذي الحليفة »[4] ولم يكن يترك المختار .

⇨

(١) سبق تخريجه ص: ٨٠.

(٢) في ج: الفتح .

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٨٧٩) ٣: ١١٠٧ كتاب الجهاد والسير ، باب قتل الأسير وقتل الصبر ، عن أنس بن مالك .

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه (١٤٤٤) ٢: ٥٥٢ كتاب الحج، باب: قول الله تعالى ﴿يأتوك رجالاً...﴾.

وأما كونه لا يُحْرِم بالحج قبل أشهره فلأنه إحرام بالعبادة قبل وقتها فلم يكن مختاراً كميقات المكان .

وأما صيرورته محرماً إذا أحرم قبل الميقات المكاني أو الزماني فلما روي عن الصبي بن معبد «أنه أحرم قبل الميقات قارناً فذكر ذلك لعمر رضي الله عنه فقال : هديت لسنة نبيك»[1] .

وأما كون أشهر الحج شوالاً وذا القعدة وعشراً من ذي الحجة فلأن ابن مسعود وجابراً وابن الزبير قالوا : «أشهر الحج شوال وذو القعدة وعشر من ذي الحجة»[2] .

(١) سبق تخريجه ص: ٦٦.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٤: ٣٤٢ كتاب الحج ، باب بيان أشهر الحج .

باب الإحرام

قال المصنف رحمه الله: (يستحب لمن أراد الإحرام أن يغتسل ويتنظف ويتطيب ويلبس ثوبين أبيضين نظيفين إزاراً ورداء).

أما استحباب الاغتسال لمن أراد الإحرام فـ «لأن النبي ﷺ تجرد لإهلاله واغتسل»[1] رواه الترمذي. وقال: حديث حسن غريب.

و «لأنه ﷺ أمر عائشة رضي الله عنها أن تغتسل عند الإهلال بالحج وهي حائض»[2].

و «أمر أسماء أن تغتسل عند الإحرام وهي نفساء»[3] رواه مسلم.

وأما استحباب التنظف له. وهو: إزالة الشعث، وقطع الرائحة، وحلق شعر العانة، ونتف الإبط، وتقليم الأظافر، ونحو ذلك فلأنه عبادة يسن له الاغتسال والطيب فسن له التنظيف كالجمعة.

وأما استحباب الطيب له فلقول عائشة رضي الله عنها: «كنت أطيب رسول الله ﷺ لإحرامه قبل أن يحرم ولحله قبل أن يطوف بالبيت»[4].

وقالت: «كأني أنظرُ إلى وَبِيصِ الطيبِ في مفارقِ رسول الله ﷺ»[5] رواه البخاري.

---

(١) أخرجه الترمذي في جامعه (٨٣٠) ٣: ١٩٣ كتاب الحج، باب ما جاء في الإغتسال عند الإحرام.

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه (١٢١٣) ٢: ٨٨١ كتاب الحج، باب إحرام النفساء...

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه (١٢١٠) ٢: ٨٦٩ كتاب الحج، باب إحرام النفساء...

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه (١٤٦٥) ٢: ٥٥٨ كتاب الحج، باب الطيب عند الإحرام...
وأخرجه مسلم في صحيحه (١١٨٩) ٢: ٨٤٦ كتاب الحج، باب الطيب للمحرم عند الإحرام.

(٥) أخرجه البخاري في صحيحه (٥٥٧٤) ٥: ٢٢١٣ كتاب اللباس، باب الفرق.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١١٩٠) ٢: ٨٤٧ كتاب الحج، باب الطيب للمحرم عند الإحرام.

وأما لبس الثوبين الإزار والرداء فلأن النبي ﷺ قال: «وليحرم أحدكم في إزار ورداء»[1].

وأما استحباب كونهما أبيضين فلقول النبي ﷺ: «خير ثيابكم البياض فالبسوها وكفنوا فيها موتاكم»[2].

وأما استحباب كونهما نظيفين فلأنه يستحب له النظافة في بدنه فكذلك في لباسه.

ولبس الثوبين إن قصد مطلقه فهو واجب لأن المحرم يجب عليه التجرد من المخيط مع أنه يجب عليه ستر عورته، وإن قصد كونه إزاراً ورداء أو موصوفاً بالبياض والنظافة فهو مستحب. وحمل كلام المصنف رحمه الله على الثاني أولى لوجهين:

أحدهما: أنه ذكر ذلك في سياق المستحب.

والثاني: أنه يَذكر بعدُ التجرد عن المخيط.

قال رحمه الله: (ويتجرد عن المخيط ويصلي ركعتين ويحرم عقيبهما).

أما تجرده عن المخيط فـ «لأن النبي ﷺ تجرد لإهلاله»[3] رواه الترمذي.

وأما صلاته ركعتين وإحرامه عقيبهما فـ «لأن النبي ﷺ أحرم في دبر الصلاة»[4] رواه البخاري.

قال: (وينوي الإحرام بنسك معين، ولا ينعقد إلا بالنية. ويشترط فيقول: اللهم! إني أريد النسك الفلاني فيسره لي وتقبله مني، وإن حبسني حابس فمحلي حيث حبستني).

أما نيته الإحرام بنسك معين فلأن أحكام ذلك تختلف. فإذا نوى معيناً أمكن أن يرتب على ذلك ما يقتضيه.

---

(١) أخرجه أحمد في مسنده (٤٨٩٩) ٢: ٣٤ من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

(٢) أخرجه ابن ماجة في سننه (٣٥٦٦) ٢: ١١٨١ كتاب اللباس، باب البياض من الثياب.
وأخرجه أحمد في مسنده (٢٤٧٩) ١: ٢٧٤.

(٣) سبق تخريجه قريباً.

(٤) أخرجه الترمذي في جامعه (٨١٩) ٣: ١٧ كتاب الحج، باب ما جاء متى أحرم النبي ﷺ.
وأخرجه النسائي في سننه (٢٧٥٤) ٥: ١٦٢ كتاب مناسك الحج، العمل في الإهلال.
وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (١٢٧٤٣) ٣: ١٢٨ كتاب الحج، من كان يستحب أن يحرم في دبر الصلاة. و لم أره في البخاري.

وأما عدم انعقاد ذلك بغير النية فلأن النسك عمل فلم يكن بد فيه من النية لقوله ﷺ : « إنما الأعمال بالنيات »[1]. و « لا عمل إلا بنية »[2].

ولأنه عبادة محضة فافتقر إلى النية كالصلاة .

وأما اشتراطه « فلأن النبي ﷺ قال لضباعة بنت الزبير وهي شاكية : حجي واشترطي أن مَحِلّي حيث حبستني »[3] متفق عليه .

وأما قول المصنف رحمه الله : فيقول إلى آخره فتفسير لقوله ويشترط .

فإن قيل : ما يفيد هذا الاشتراط ؟

قيل : شيئين : أحدهما : أنه إذا عاقه عائق من عدو أو مرض أو ذهاب نفقة له التحلل .

والثاني : إذا حل لعذر لا دم عليه ولا صوم .

قال رحمه الله : (وهو مخير بين التمتع والإفراد والقران . وأفضلها التمتع ثم الإفراد . وعنه : إن ساق الهدي فالقران أفضل ثم التمتع) .

أما تخيير مريد الإحرام بين التمتع والإفراد والقران فلما روت عائشة رضي الله عنها قالت : « خرجنا مع رسول الله ﷺ فمنا من أهل بعمرة ، ومنا من أهل بحج وعمرة ، ومنا من أهل بحج »[4] متفق عليه .

وأما كون التمتع أفضل من الإفراد والقران الخالي عن سوق الهدي فـ « لأن النبي ﷺ أمر أصحابه لما طافوا أن يحلوا ويجعلوها عمرة »[1] . أمرهم بنقل الإفراد والقران إلى العمرة ولا ينقلهم إلا إلى الأفضل الأكمل .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (١) ١: ٣ بدء الوحي ، باب كيف كان بدء الوحي إلى رسول الله ﷺ .
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٩٠٧) ٣: ١٥١٥ كتاب الإمارة ، باب قوله ﷺ: « إنما الأعمال بالنية » .

(٢) لم أجده هكذا وأخرج البيهقي في السنن الكبرى ١: ٤١ كتاب الطهارة، باب الاستياك بالأصابع . عن أنس : « إنه لا عمل لمن لا نية له » .

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٨٠١) ٥: ١٩٥٧ كتاب النكاح ، باب الأكفاء في الدين .
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٢٠٧) ٢: ٨٦٨ كتاب الحج ، باب جواز اشتراط المحرم التحلل بعذر المرض وغيره .

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه (٤١٤٦) ٤: ١٦٠٠ كتاب المغازي ، باب حجة الوداع .
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٢١١) ٢: ٨٧٣ كتاب الحج ، باب بيان وجوه الإحرام...

ولأن التمتع منصوص عليه في كتاب الله تعالى بقوله : ﴿فمن تمتع بالعمرة إلى الحج﴾ [البقرة:١٩٦] بخلاف الإفراد والقران .

ولأن المتمتع يجتمع له الحج والعمرة في أشهر الحج كاملين غير متداخلين على وجه السهولة مع زيادة نسك هو الدم فكان ذلك أفضل من نسك لا يجتمع فيه ذلك .

وأما القران مع سوق الهدي فهل التمتع أفضل منه ؟ فيه روايتان :

أحدهما : التمتع أفضل لما تقدم .

ولأن النبي ﷺ تأسف على فعله فقال : «لو استقبلت من أمري ما استدبرت ما سقت الهدي ولجعلتها عمرة»[٢] .

والثانية : القران أفضل «لأن النبي ﷺ كان قارناً»[٣] .

والأول أصح لما تقدم .

وأما النبي ﷺ فقد روي أنه كان متمتعاً مع أن ذلك فعله والأمر بالتمتع قوله والقول مقدم على الفعل لاحتمال اختصاصه به .

⇨

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (١٥٦٨) ٢: ٥٩٤ كتاب الحج ، باب تقضي الحائض المناسك كلها إلا الطواف بالبيت...

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٢١٨) ٢: ٨٨٦ كتاب الحج ، باب حجة النبي ﷺ .

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٦٩٣٣) ٦: ٢٦٨١ كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة ، باب نهي النبي ﷺ على التحريم إلا ما تعرف إباحته...

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٢١٨) ٢: ٨٩١ كتاب الحج ، باب حجة النبي ﷺ .

(٣) عن أنس رضي الله عنه قال : «صلى رسول الله ﷺ ونحن معه بالمدينة الظهر أربعا والعصر بذي الحليفة ركعتين ثم بات بها حتى أصبح ثم ركب حتى استوت به على البيداء حمد الله وسبح وكبر ثم أهل بحج وعمرة وأهل الناس بهما . فلما قدمنا أمر الناس فحلوا حتى كان يوم التروية أهلوا بالحج قال ونحر النبي ﷺ بدنات بيده قياما وذبح رسول الله ﷺ بالمدينة كبشين أملحين» .

أخرجه البخاري في صحيحه (١٤٧٦) ٢: ٥٦٢ كتاب الحج ، باب: التحميد والتسبيح والتكبير ، قبل الإهلال ..

قال رحمه الله : (وصفة التمتع أن يحرم بالعمرة في أشهر الحج ويفرغ منها ثم يحرم بالحج من مكة أو من قريب منها في عامه .

والإفراد : أن يحرم بالحج مفرداً .

والقران : أن يحرم بهما جميعاً ، أو يحرم بالعمرة ثم يدخل عليها الحج .

ولو أحرم بالحج ثم أدخل عليه العمرة لم يصح إحرامه بها) .

أما كون الإحرام بالعمرة في أشهر الحج فلأن ذلك قول جابر .

ولأنه لم يجمع بين النسكين في أشهر الحج فلم يكن متمتعاً كالمفرد .

ولأنه لو حل في أشهر الحج لم يكن متمتعاً فكذلك إذا أحرم فيها .

وأما اعتبار الفراغ منها . ومعناه : أنه يَحِل من الإحرام بالعمرة قبل الإحرام بالحج فلأنه لو أحرم بالحج قبل الحل من العمرة لكان قارناً . واجتماع النسكين ممتنع .

وأما اعتبار الإحرام بالحج من مكة أو من موضع قريب منها فلما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال : «إذا اعتمر في أشهر الحج ثم أقام فهو متمتع . وإن خرج ورجع فليس بمتمتع» . وعن ابن عمر نحوه[1] .

وأما اعتبار الإحرام بالحج من عامه فلأن الله تعالى قال : ﴿فمن تمتع بالعمرة إلى الحج فما استيسر من الهدي﴾ [البقرة:١٩٦] إذ ظاهر ذلك يقتضي الموالاة بينهما .

ولأن العلماء أجمعوا على أن من اعتمر في غير أشهر الحج ثم حج من عامه لا يكون متمتعاً فإذا لم يحج من عامه بطريق الأولى .

وظاهر كلام المصنف رحمه الله أنه لا يشترط في المتمتع غير ذلك .

واشترط أبو الخطاب والقاضي أن ينوي التمتع في ابتداء العمرة أو أثنائها لأنه جمع بين عبادتين فافتقر إلى النية كالجمع بين الصلاتين .

وقال المصنف رحمه الله في المغني والكافي : ظاهر الآية يدل على عدم الاشتراط .

ولأن التمتع التَّرَفّه بأحد السفرين وهو موجود بدون النية .

وأما كون الإفراد أن يحرم بالحج مفرداً فلأن من أفرد من الصحابة هكذا فعل . ومنه حديث عائشة رضي الله عنها : «ومنا من أهل بحج»[1] .

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (١٣٠٠٤) ٣: ١٥٢ كتاب الحج، في الرجل يعتمر في أشهر الحج ثم يرجع ثم يحج.

ولأنه مفرد فوجب أن يكون فعله الإفراد .

وأما كون القران أحد الأمرين المذكورين من الإحرام بهما أو الإحرام بعمرة ثم إدخال الحج عليها : أما الأول فلأن رسول الله ﷺ لما قرن هكذا فعل .

ولأن رسول الله ﷺ قال : «من قرن بين حج وعمرة فليهرق دماً» . والقران ظاهر في الجمع بينهما .

وأما الثاني فلأن عائشة رضي الله عنها قالت : «أهللت بالعمرة ثم قال رسول الله ﷺ : من كان معه هدي فليهل بالحج مع العمرة ثم لا يحل حتى يحل منهما جميعا»[2] .

وفي حديث آخر أن عائشة رضي الله عنها قالت : «أهللنا بالعمرة ثم أدخلنا عليها الحج» .

وفي آخر : «أن النبي ﷺ قال لعائشة لما قرنت بين الحج والعمرة : يسعكِ طوافكِ لحجكِ وعمرتكِ»[3] .

ويشترط في إدخال الحج على العمرة في حق من لم يسق الهدي أن يكون قبل الطواف فلو طاف للعمرة ثم أدخل عليها الحج لم يصح لأنه قد أتى بمقصود العمرة وشرع في التحلل منها فإن كان ساق الهدي لم يمتنع ذلك لعموم ما تقدم .

ولأن من ساق الهدي لا يجوز له التحلل حتى ينحر لقوله تعالى : ﴿ولا تحلقوا رؤوسكم حتى يبلغ الهدي محله﴾ [البقرة:١٩٦] وإذا لم يجز له التحلل لم يكن شارعاً فيه .

وأما عدم صحة الإحرام بالعمرة إذا أحرم بالحج ثم أدخل عليه العمرة فلأنه لم يَرد بذلك أثر ولا هو في معنى ما جاء به الأثر . وإحرامه لا يزيد عملاً على ما لزمه بإحرام الحج ولا يغير ترتيبه بخلاف إدخال الحج على العمرة .

⇦

(١) سبق تخريجه ص: ٨٦.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (١٤٨١) ٢: ٥٦٣ كتاب الحج، باب كيف تهل الحائض والنفساء.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٢١١) ٢: ٨٧٠ كتاب الحج، باب بيان وجوه الإحرام...

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه (١٢١١) ٢: ٨٧٩ كتاب الحج ، باب بيان وجوه الإحرام...

قال رحمه الله : (ويجب على المتمتع والقارن دم نسك إذا لم يكونا من حاضري المسجد الحرام . وهم أهل مكة ، ومن كان منها دون مسافة القصر) .

أما وجوب الدم على المتمتع فلقوله تعالى : ﴿فمن تمتع بالعمرة إلى الحج فما استيسر من الهدي﴾ [البقرة:١٩٦].

وأما وجوبه على القارن فلأن النبي ﷺ قال : «من قرن بين حج وعمرة فليهرق دماً» .

ولأنه تَرَفَّهَ بأحد السفرين فلزمه دم كالمتمتع .

وأما اشتراط كون المتمتع والقارن من غير حاضري المسجد الحرام لوجوب الدم عليهما : أما في المتمتع فلأن تكملة الآية ﴿ذلك لمن لم يكن أهله حاضري المسجد الحرام﴾ [البقرة:١٩٦].

وأما في القارن فلأنه في معنى المتمتع .

ولأن وجوب الدم عليه لترفهه بأحد السفرين فإذا كان من حاضري المسجد الحرام لم يوجد الترفه فيجب أن ينتفي الوجوب لانتفاء مقتضيه .

وأما قول المصنف رحمه الله : وهم أهل مكة ... إلى آخره فتفسير لحاضري المسجد الحرام ؛ لأن الحاضر القريب ، وذلك المكي ومن هو منها دون مسافة القصر دون غيرهما .

قال رحمه الله : (ومن كان قارناً أو مفرداً أحببنا له أن يفسخ إذا طاف وسعى ويجعلها عمرة لأمر رسول الله ﷺ أصحابه بذلك ، إلا أن يكون قد ساق هدياً فيكون على إحرامه) .

أما استحباب فسخ القارن والمفرد نسكهما وجعله عمرة في الجملة فلأنه قد صح عن رسول الله ﷺ «أنه أمر أصحابه الذين أفردوا بالحج وقرنوا أن يحلوا كلهم ويجعلوها عمرة إلا من كان معه هدي»[1] متفق عليه .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (١٥٦٨) ٢: ٥٩٤ كتاب الحج ، باب تقضي الحائض المناسك كلها إلا الطواف بالبيت...

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٢١٨) ٢: ٨٨٦ كتاب الحج ، باب حجة النبي ﷺ . كلاهما عن جابر بن عبدالله رضي الله عنهما .

وروي عن سلمة بن شبيب أنه قال لأحمد : كل شيء منك حسن جميل إلا خلة واحدة . فقال : وما هي ؟ قال : تقول : بفسخ الحج . قال : قد كنت أرى أن لك عقلاً . عندي ثمانية عشر حديثاً صحاحاً جياداً كلها في فسخ الحج أتركها لقولك .

ولأنه قلب للحج إلى العمرة فجاز . دليله من لحقه الفوات .

وأما ما يشترط للفسخ فأمران :

أحدهما : أن لا يكون معه هدي ° للحديث المتقدم .

ولقوله تعالى : ﴿ولا تحلقوا رؤوسكم حتى يبلغ الهدي محله﴾ [البقرة:١٩٦].

وثانيهما : أن لا يكون قد وقف بعرفة ؛ لأن الواقف بها قد أتى بمعظم العبادة وأيس من فواتها بخلاف غيره .

ولم يصرح المصنف رحمه الله بهذا الشرط اكتفاء بقوله : إذا طاف وسعى ؛ لأن ذلك يكون قبل الوقوف .

فإن قيل : قول المصنف رحمه الله : إذا طاف وسعى شرط في استحباب الفسخ أم لا ؟

قيل : ظاهره ذلك . وليس الأمر كذلك ؛ لأن الأخبار الواردة في ذلك تقتضي الفسخ قبل الطواف والسعي .

ولأنه إذا طاف وسعى ثم فسخ يحتاج إلى طواف وسعي لأجل العمرة ولم يرد مثل ذلك فيما ذكر .

ويمكن تأويل كلام المصنف رحمه الله على أن إذا ظرف . ويكون المراد : أحببنا له أن يفسخ وقت طوافه أي وقت جواز طوافه .

قال رحمه الله : (ولو ساق المتمتع هدياً لم يكن له أن يحل . والمرأة إذا دخلت متمتعة فحاضت فخشيت فوات الحج أحرمت بالحج وصارت قارنة).

أما عدم حل المتمتع إذا ساق الهدي فلما روى ابن عمر رضي الله عنهما قال : «تمتع الناس مع رسول الله ﷺ بالعمرة إلى الحج . فلما قدم رسول الله ﷺ قال للناس : من كان منكم معه هدي فإنه لا يحل من شيء حرم منه حتى يقضي حجه ، ومن لم يكن أهدى فليطف بالبيت وبالصفا والمروة وليقصر وليتحلل»[1] متفق عليه .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (١٦٠٦) ٢: ٦٠٧ كتاب الحج ، باب من ساق البدن معه .

وأما إحرام المتمتعة بالحج إذا حاضت فخشيت فوات الحج فـ «لأن عائشة رضي الله عنها كانت متمتعة فحاضت فقال لها النبي ﷺ : أهلي بالحج ... مختصر»[1] رواه مسلم .

ولأن إدخال الحج على العمرة يجوز من غير خشية الفوات فلأن يجوز مع الخشية أولى .

فإن قيل : ما وجه خشية فوات الحج بالحيض ؟

قيل : لأن المتمتعة لا تحل من عمرتها ما لم تطف فإذا حاضت لم يمكنها الطواف لأنها ممنوعة من دخول المسجد .

وأما صيرورتها قارنة فلأن أحد نوعي القران إدخال الحج على العمرة وذلك موجود هاهنا .

قال رحمه الله : (ومن أحرم مطلقاً صح ، وله صرفه إلى ما شاء . وإن أحرم بمثل ما أحرم به فلان انعقد إحرامه بمثله) .

أما صحة الإحرام مطلقاً فلأن الإحرام يصح مع الإبهام لما يأتي فلأن يصح مع الإطلاق بطريق الأولى .

وأما صرفه إلى أي الأنساك شاء فلأنه له أن يبتدئ بأيها شاء فكان له صرف المطلق إلى أيها شاء .

فعلى هذا يعينه قبل الطواف .

فإن طاف قبل التعيين لم يجزئه طوافه ؛ لأنه طاف لا في حج ولا في عمرة .

وأما انعقاد إحرامه إذا أحرم بمثل ما أحرم به فلان فلما روى أبو موسى رضي الله عنه قال : «قدمت على رسول الله ﷺ وهو منيخ بالبطحاء . فقال لي : بم أهللت ؟ قال: قلت : لبيك بإهلال كإهلال رسول الله ﷺ . قال : أحسنت . وأمرني فطفت بالبيت وبالصفا والمروة . ثم قال : أحل»[2] متفق عليه .

⇨

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٢٢٧) ٢: ٩٠١ كتاب الحج ، باب وجوب الدم على المتمتع ، وأنه إذا عدمه لزمه صوم ثلاثة أيام في الحج .

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٢١٣) ٢: ٨٨١ كتاب الحج ، باب بيان وجوه الإحرام...

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (١٦٣٧) ٢: ٦١٦ كتاب الحج ، باب الذبح قبل الحلق .

⇦

وعن النبي ﷺ : «(أنه قال لعلي : ماذا قلت حين فرضت الحج ؟ قال قلت : اللهم! إني أهل بما أهل به رسول الله ﷺ . قال : فإن معي الهدي فلا تَحِل)»[1] رواه مسلم .

فعلى هذا يفعل مثل ما يفعل من أحرم بمثل إحرامه لما تقدم في الحديث .

ولأنه جعل نفسه تبعاً له .

فإن لم يعلم بما أحرم به فلان كان كما لو نسي ما أحرم به فلان وسيذكر ، وإن علم أن فلاناً لم يحرم أو شك هل أحرم أم لا ؟ كان كما لو أطلق الإحرام . وقد تقدم .

قال رحمه الله : (وإن أحرم بحجتين أو عمرتين انعقد بأحدهما[2] ، وإن أحرم بنسك ونسيه جعله عمرة .

وقال القاضي : يصرفه إلى أيها[3] شاء).

أما انعقاد الإحرام بإحدى الحجتين أو العمرتين إذا أحرم بهما فلأن انعقاد الإحرام بهما لا يمكن لتعذر أداء العبادتين في حالة واحدة ، وإبطالهما مفضٍ إلى إبطال العمل المنوي فلم يبق إلا انعقاد أحدهما .

وأما جعل النسك عمرة إذا أحرم بنسك ونسيه على المذهب فلأنها أفضل .

ولأنه له أن يصرف الإفراد والقران إليها مع العلم فلأن يكون له أن يصرفهما مع الإبهام بطريق الأولى .

وأما صرفه إلى أيها شاء على قول القاضي فلأنه إن صادف ما أحرم به فقد أصاب ، وإن صرفه إلى عمرة وكان إحرامه بغيرها جاز ؛ لأن فسخه إليها جائز مع العلم فمع الجهل أولى ، وإن صرفه إلى قران وكان إحرامه بعمرة فقد أدخل عليها الحج وهو جائز ، وإن كان مفرداً فقد أدخل العمرة على الحج وهو لغو لا يفيد ولا يقدح في حجه كما لو فعله مع العلم ، وإن صرفه إلى الإفراد وكان معتمراً فقد أدخل الحج على العمرة وصار قارناً ولا تبطل العمرة بترك نيتها لأنه ليس من شرط صحة العبادة استدامة النية فيها ، وإن كان قارناً فهو على حاله كذلك .

⇨

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٢٢١) ٢: ٨٩٤ كتاب الحج ، باب في نسخ التحلل من الإحرام والأمر بالتمام .

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٢١٨) ٢: ٨٨٦ كتاب الحج ، باب حجة النبي ﷺ .

(٢) في المقنع: بإحداهما .

(٣) في المقنع: أيهما .

وقال المصنف رحمه الله في المغني : إن كان شك بعد الطواف لم يجز صرفه إلا إلى العمرة خاصة لأن إدخال الحج على العمرة بعد الطواف لا يجوز .

فعلى هذا يجب حمل كلام المصنف رحمه الله هنا على ما إذا نسي قبل الطواف .

قال رحمه الله : (وإن أحرم عن رجلين وقع عن نفسه . وإن أحرم عن أحدهما لا بعينه وقع عن نفسه .

وقال أبو الخطاب : له صرفه إلى أيهما شاء) .

أما وقوع الإحرام عن نفسه إذا أحرم عن رجلين فلأنه لا سبيل إلى وقوع العبادة عن الرجلين ؛ لأن العبادة الواحدة لا تجزئ عن اثنين دليله الصلاة وغير ذلك ، ولا عن أحدهما لأنه ليس أولى من الآخر وإذا تعذر وقوعها عن غيره تعين وقوعها عن نفسه كما لو أحرم وأطلق .

وأما وقوعه عن نفسه إذا أحرم عن أحدهما لا بعينه على قول غير أبي الخطاب فلما تقدم .

وأما صرفه إلى أيهما شاء على قول أبي الخطاب فلأن الإحرام يصح مع الإبهام لما تقدم فكذلك يصح عن المجهول ويعينه بعد ذلك كما لو أحرم مطلقاً ثم عين النسك .

قال رحمه الله : (وإذا استوى على راحلته لبى تلبية رسول الله ﷺ لبيك اللهم لبيك ، لبيك لا شريك لك لبيك ، إن الحمد والنعمة لك والملك ، لا شريك لك) .

أما تلبيته عند استوائه على راحلته فلما روى أنس وابن عمر رضي الله عنهم «أن النبي ﷺ لما ركب راحلته واستوت به أَهَلَّ»[1] رواه البخاري .

ومعنى أَهَلَّ : رفع صوته . من قولهم استهل الصبي إذا صاح .

وأما صفة التلبية فكتلبية رسول الله ﷺ لأن الله تعالى قال : ﴿واتبعوه﴾ [الأعراف:١٥٨].

وأما صفة تلبية رسول الله ﷺ فكما ذكره المصنف لأن ابن عمر رضي الله عنهما روى «أن تلبية رسول الله ﷺ ذلك»[2] متفق عليه .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (١٤٧٠٦) ٢: ٥٦١ كتاب الحج ، باب من بات بذي الحليفة حتى أصبح .

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٥٥٧١) ٥: ٢٢١٣ كتاب اللباس ، باب التلبيد .

وأخرجه مسلم في صحيحه (١١٨٤) ٢: ٨٤١ كتاب الحج ، باب التلبية وصفتها ووقتها .

والتلبية مأخوذة من لب بالمكان إذا لزمه . فكأنه قال : أنا مقيم على طاعتك . وكرر لأنهم أرادوا إقامة بعد إقامة .

وقال جماعة من أهل العلم : معناها إجابة إبراهيم عليه السلام حين نادى للحج .

قال رحمه الله : (والتلبية سنة . ويستحب رفع الصوت بها والإكثار منها والدعاء بعدها) .

أما مسنونية التلبية «فلأن النبي ﷺ فعلها»[1] .

وأما استحباب رفع الصوت بها فلأن النبي ﷺ قال : «أتاني جبريل عليه السلام فأمرني أن آمر أصحابي أن يرفعوا أصواتهم بالإهلال والتلبية»[2] رواه الترمذي . وقال : حديث حسن صحيح .

وأما استحباب الإكثار منها فلما روي عن رسول الله ﷺ : «ما من مسلم يضحي يلبي حتى تغرب الشمس إلا غابت بذنوبه فعاد كما ولدته أمه»[3] رواه ابن ماجة .

وأما استحباب الدعاء بعدها فلما روى خزيمة بن ثابت عن النبي ﷺ «أنه كان إذا فرغ من تلبيته سأل الله عز وجل رضوانه والجنة واستعاذ برحمته من النار»[4] رواه الشافعي .

ولأنه مظنة الإجابة أشبه الدعاء يوم الجمعة .

---

(١) كما سبق ذكره ، من حديث أنس وابن عمر.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (١٨١٤) ٢: ١٦٢ كتاب المناسك ، باب كيف التلبية .
وأخرجه الترمذي في جامعه (٨٢٩) ٣: ١٩١ كتاب الحج ، باب ما جاء في رفع الصوت بالتلبية .
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٩٢٢) ٢: ٩٧٥ كتاب المناسك ، باب رفع الصوت بالتلبية .
وأخرجه أحمد في مسنده (٨٣٣٢٩) ٤: ٥٥ .

(٣) أخرجه ابن ماجة في سننه (٢٩٢٥) ٢: ٩٧٦ كتاب المناسك ، باب الظلال للمحرم . قال في الزوائد: إسناده ضعيف. لضعف عاصم بن عبيدالله وعاصم بن عمر بن حفص.

(٤) أخرجه الشافعي في مسنده (٧٩٧) ١: ٣٠٧ كتاب الحج ، باب فيما يلزم المحرم عند تلبسه بالإحرام .
وأخرجه الدارقطني في سننه (١١) ٢: ٢٣٨ كتاب الحج ، باب المواقيت .

قال رحمه الله : (ويلبي إذا علا نشزاً أو هبط وادياً وفي دبر الصلوات المكتوبة وإقبال الليل والنهار وإذا التقت الرفاق . ولا ترفع المرأة صوتها إلا بقدر ما تُسمع رفيقتها) .

أما استحباب التلبية في المواضع المذكورة فلما روى جابر رضي الله عنه قال : « كان النبي ﷺ يلبي في حجه إذا لقي راكباً أو علا أكَمَة أو هبط وادياً وفي أدبار المكتوبة ومن آخر الليل »[1] .

وقال إبراهيم النخعي : « كانوا يستحبون التلبية دبر الصلاة المكتوبة وإذا علا نشزاً وإذا هبط وادياً وإذا لقي راكباً وإذا استوت به راحلته »[2].

وأما عدم رفع المرأة صوتها بالتلبية إلا بقدر ما تُسمع رفيقتها فلأن المرأة صوتها عورة فلم يشرع لها الرفع بها بغير ما ذكر ولذلك لم يشرع لها أذان ولا إقامة .

---

(١) قال الحافظ ابن حجر: هذا الحديث ذكره الشيخ في المهذب ، وبيض له النووي والمنذري ، وقد رواه ابن عساكر في تخريجه لأحاديث المهذب. انظر تلخيص الحبير: ٢: ٤٥٦.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (١٢٧٤٦) ٣: ١٢٩ كتاب الحج ، من كان يستحب أن يحرم في دبر الصلاة.

باب محظورات الإحرام

قال المصنف رحمه الله : (وهي تسعة : حلق الشعر وتقليم الأظافر فمن حلق أو قلّم ثلاثة فعليه دم .

وعنه : لا يجب إلا في أربع فصاعداً . وفيما دون ذلك في كل واحد مد من طعام . وعنه : قبضة . وعنه : درهم) .

أما كون محظورات الإحرام تسعة فلأنها حلق شعر وتقليم أظافر وتغطية رأس ولبس مخيط وخفين وطيب وإتلاف صيد وعقد نكاح وجماع ومباشرة دون الفرج وذلك تسعة .

وأما كون حلق الشعر من محظورات الإحرام فلأن الله تعالى قال : ﴿ولا تحلقوا رؤوسكم حتى يبلغ الهدي محله﴾ [البقرة:١٩٦] . نص على حلق الرأس وسائر شعر البدن في معناه .

ولأن حلق الشعر يؤذن بالرفاهية وذلك ينافي الإحرام ؛ لأن المحرم يكون أشعث أغبر .

وأما كون تقليم الأظافر من محظورات الإحرام فلأنه يحصل به الرفاهية أشبه حلق الشعر .

وأما وجوب الفدية بالحلق فلأن الله تعالى قال بعد قوله : ﴿ولا تحلقوا رؤوسكم﴾ [البقرة:١٩٦] ﴿فمن كان منكم مريضاً أو به أذى من رأسه ففدية﴾ [البقرة:١٩٦].

وفي حديث كعب بن عجرة : « احلق رأسك وأطعم ستة مساكين أو صم أو انسك شاة »[1] .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (١٧١٩) ٢: ٦٤٤ أبواب الإحصار وجزاء الصيد ، باب قول الله تعالى: ﴿فمن كان منكم مريضاً أو به أذى من رأسه...﴾ .

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٢٠١) ٢: ٨٦١ كتاب الحج ، باب جواز حلق الرأس للمحرم إذا كان به أذى...

فإن قيل : كلام المصنف رحمه الله يشتمل على وجوب الدم .

قيل : في وجوبه عيناً مع العمد خلاف يأتي ذكره . والصحيح أنه لا يجب عيناً بل الواجب أحد أمور : من دم وصوم ثلاثة أيام وإطعام ستة مساكين وسيأتي في باب الفدية[1] . وكان الجيد أن يقول : فعليه الفدية ثم يكل التفصيل على باب الفدية .

وأما مقدار ما يجب به الفدية ففيه روايتان :

أحدهما : إذا حلق ثلاث شعرات ؛ لأنه شعر آدمي يقع عليه اسم الجمع المطلق فجاز أن تتعلق به الفدية كالكل وكالربع عند أبي حنيفة .

والثانية : لا يجب إلا بأربع لأن الثالث آخر أجزاء القلة وآخر الشيء منه فلم يجب بالثلاث كالشعرة والشعرتين .

وأما ما يجب فيما دون ذلك ففيه ثلاث روايات :

إحداهن : يجب في كل واحدة مُدّ من طعام لأن ذلك أقل ما يجب في فدية رمضان ونحو ذلك فكان واجباً في أقل الشعر .

والثانية : قبضة من ذلك لأنه لا تقدير له في الشرع فيجب المصير إليه لأنه اليقين .

والثالثة : درهم لأنه لما لم يمكن إيجاب جزء من الحيوان وجب المصير إلى القيمة وأقل ذلك مما يشاركه الشعر في الوحدة درهم .

وأما مقدار ما تجب به الفدية من تقليم الأظافر والواجب فيه فكما ذكر في الشعر اختلافاً وتعليلاً لأن أصل وجوب الفدية في ذلك مقاس على الحلق فكذا في مقدار ما يجب به وفي الواجب فيه .

قال رحمه الله : (وإن حلق رأسه بإذنه فالفدية عليه ، وإن كان مكرهاً أو نائماً فالفدية على الحالق ، وإن حلق محرم رأس حلال فلا فدية عليه) .

أما وجوب الفدية على من حلق رأسه بإذنه فلأن ذلك بإذنه فكان بمنزلة مباشرته له .

وأما وجوب الفدية على الحالق إذا كان مَنْ حلق رأسه مكرهاً أو نائماً فلأنه أزال ما مُنع من إزالته لأجل الإحرام فكانت عليه فديته كما لو حلق المحرم بنفسه .

وأما عدم وجوب الفدية على المحرم إذا حلق رأس حلال فلأنه شعر مباح الإتلاف فلم يجب بإتلافه جزاء كشعر بهيمة الأنعام .

---

(١) ص: ١٢٧.

قال رحمه الله : (وقطع الشعر ونتفه كحلقه ، وشعر الرأس والبدن واحد ، وعنه : لكل واحد حكم منفرد) .

أما كون قطع الشعر ونتفه كحلقه فلاشتراك الكل في حصول الرفاهية بإزالته .

وأما شعر الرأس والبدن ففيهما روايتان :

أحدهما : أنهما واحد لأنه شعر من جنس واحد لم يختلف إلا موضعه أشبه ما على اللحية والإبط ونحوهما .

والثانية : لكل واحد حكم منفرد لأن الرأس يخالف البدن بحصول التحلل بحلقه دون البدن .

فعلى الأولى لو حلق من رأسه شعرتين ومن بدنه شعرة أو شعرتين وجبت الفدية لأنه حلق ثلاثاً أو أربعاً ، وعلى الثانية يجب في كل واحدة ما تقدم ذكره فيما لا تجب فيه الفدية .

قال رحمه الله : (وإن خرج في عينه شعر فقلعه أو نزل شعره فغطى عينيه فقصه أو انكسر ظفره فقصه أو قلع جلداً عليه شعر فلا فدية عليه) .

أما عدم وجوب الفدية بقلع الشعر وقصه كما ذكر فلأن الشعر آذاه فكان له رفع أذاه من غير فدية كالصيد الصائل عليه .

وأما عدم وجوبها بقص ما انكسر من ظفره فلأنه يؤذيه بقاؤه بسبب منه أشبه الشعر المؤذي .

وفارق هذا ما إذا حلق الشعر لقمل أو صداع أو نحو ذلك فإنه تجب الفدية لأن الأذى من غير الشعر .

وأما عدم وجوبها بقطع جلد عليه شعر فلأن الشعر زال تابعاً لغيره والتابع لا يُضمن كما لو قلع أشفار عيني إنسان فإنه لا يجب ضمان الأهداب .

فصل (في تغطية الرأس)

قال المصنف رحمه الله: (الثالث: تغطية الرأس فمتى غطاه بعمامة أو خرقة أو قرطاس فيه دواء أو غيره أو عَصَبه أو طيّنه بطين أو حناء أو غيره فعليه الفدية. وإن استظل بالمحمل ففيه روايتان).

أما كون تغطية الرأس من محظورات الإحرام فـ «لأن النبي ﷺ نهى المحرم عن لبس العمائم»[1].

و «قال في المحرم الذي وقصته ناقته: لا تخمروا رأسه فإنه يبعث يوم القيامة ملبياً»[2] متفق عليه.

وأما وجوب الفدية إذا غطاه بشيء مما ذكره المصنف رحمه الله فلأنه فعل محرّماً في الإحرام يقصد به الترفه أشبه حلق الشعر.

وأما الاستظلال بالمحمل ففيه روايتان:

أحدهما: يحرم «لأن ابن عمر رضي الله عنهما رأى على رجل عوداً يستره من الشمس فنهاه عن ذلك»[3] رواه الأثرم.

فعلى هذا تجب به الفدية لوجود فعل محرّم في الإحرام مقصود به الرفاهية.

والرواية الثانية: لا يحرم لأن الحُجة في عدم الاستظلال قول ابن عمر وهو لا يرى ذلك حراماً.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٥٤٦٨) ٥: ٢١٨٧ كتاب اللباس، باب السراويل.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١١٧٧) ٢: ٨٣٤ كتاب الحج، باب ما يباح للمحرم بحج أو عمرة وما لا يباح...

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (١٢٠٩) ١: ٤٢٦ كتاب الجنائز، باب كيف يكفن المحرم.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٢٠٦) ٢: ٨٦٦ كتاب الحج، باب ما يفعل بالمحرم إذا مات.

(٣) لم أقف عليه هكذا. وقد أخرج ابن أبي شيبة في مصنفه عن ابن عمر «أنه رأى رجلاً محرماً قد استظل فقال: ضح لمن أحرمت له» (١٤٢٥٠) ٣: ٢٧٤ كتاب الحج، في المحرم يستظل.

ولأنه يجوز أن يستتر بثوب لما يأتي .

فعلى هذا لا فدية لانتفاء موجبها من فعل محرم موصوف بما تقدم .

قال : (وإن حمل على رأسه شيئاً أو نصب حياله ثوباً أو استظل بخيمة أو شجرة أو بيت فلا شيء عليه) .

أما عدم وجوب شيء في جميع ما ذكر فلأنه يباح فعله ، والفدية لا تجب بفعل المباح : أما إباحة الحمْل على رأسه فلأنه لا يقصد به الترفه فأبيح كالأكل .

ولأن الحاجة تدعو إلى ذلك .

وأما إباحة نصب شيء حياله فلما روت أم الحصين قالت : « حججت مع رسول الله ﷺ حجة الوداع فرأيت أسامة وبلالاً وأحدهما آخذ بخطام ناقة رسول الله ﷺ والآخر رافع ثوبه يستره من الحر حتى رمى جمرة العقبة »[1] رواه مسلم .

وأما إباحة الاستظلال بخيمة فلما روى جابر رضي الله عنه « أن النبي ﷺ ضربت له قبة من شعر بنَمِرَة فنزل بها حتى إذا زاغت الشمس »[2] مختصر . رواه مسلم .

وأما إباحة الاستظلال بشجرة أو بيت فلأن ذلك في معنى الخيمة .

قال : (وفي تغطية الوجه روايتان) .

أما جواز تغطية الوجه على روايةٍ فـ « لأن عثمان وسعداً وعبدالرحمن بن عوف وزيد بن ثابت أجازوه »[3] .

وأما عدم جوازها على روايةٍ فلأن في بعض ألفاظ حديث ابن عباس في الميت المحرم : « ولا تخمروا وجهه ولا رأسه »[4] متفق عليه .

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٢٩٨) ٢: ٩٤٤ كتاب الحج ، باب استحباب رمي جمرة العقبة يوم النحر راكباً .

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه (١٢١٨) ٢: ٨٨٦ كتاب الحج ، باب حجة النبي ﷺ .

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه عن الفرافصة قال: « رأيت عثمان وزيداً وابن الزبير يغطون وجوههم وهم محرمون إلى قصاص الشعر ». (١٤٢٤٩) ٣: ٢٧٤ كتاب الحج، في المحرم يغطي وجهه.

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه (١٢٠٩) ١: ٤٢٦ كتاب الجنائز ، باب كيف يكفن المحرم .
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٢٠٦) ٢: ٨٦٦ كتاب الحج ، باب ما يفعل بالمحرم إذا مات .

فعلى الأولى : لا فدية عليه ؛ لأنه مباح .

وعلى الثانية : عليه الفدية ؛ لأنه فَعَل مـا منـع مـن فعلـه قصـداً للترفـه أشـبه تغطيـة الرأس .

فصل (في لبس المخيط والخفين)

قال المصنف رحمه الله : (الرابع : لبس المخيط والخفين إلا أن لا يجد إزاراً فليلبس سراويل، أو نعلين فليلبس خفين ولا يقطعهما ولا فدية عليه).

أما كون لبس المخيط من محظورات الإحرام فلما روى ابن عمر رضي الله عنهما «أن رجلاً سأل رسول الله ﷺ ما يلبس المحرم من الثياب ؟ فقال ﷺ : لا يلبس القمص ولا العمائم ولا السراويلات ولا الخفاف»[1] مختصر . متفق عليه .

نص على هذه الأشياء وألحق العلماء بها ما في معناها من الجبة والدراعة ونحو ذلك .

وأما جواز لبس السراويل إذا لم يجد إزاراً ، والخفين إذا لم يجد نعلين فلأن ابن عباس رضي الله عنهما قال : «سمعت رسول الله ﷺ يخطب بعرفات : من لم يجد نعلين فليلبس الخفين ، ومن لم يجد إزاراً فليلبس سراويل للمحرم»[2] متفق عليه .

وأما عدم قطعهما فلأن عائشة رضي الله عنها روت «أن رسول الله ﷺ رخّص للمحرم أن يلبس الخفين ولا يقطعهما»[3] .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (١٤٦٨) ٢: ٥٥٩ كتاب الحج ، باب ما لا يلبس المحرم من الثياب .
وأخرجه مسلم في صحيحه (١١٧٧) ٢: ٨٣٤ كتاب الحج ، باب ما يباح للمحرم بحج أو عمرة وما لا يباح...

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٥٤٦٧) ٥: ٤٩ كتاب اللباس ، باب السراويل .
وأخرجه مسلم في صحيحه (١١٧٨) ٢: ٨٣٥ كتاب الحج ، باب ما يباح للمحرم بحج أو عمرة وما لا يباح...

(٣) أخرجه أبو داود في سننه عن سالم بن عبد الله «أن عبد الله كان يصنع ذلك يعني يقطع الخفين للمرأة المحرمة . ثم حدثته صفية بنت أبي عبيد أن عائشة حدثتها أن رسول الله ﷺ قد كان رخص للنساء في الخفين . فترك ذلك». (١٨٣١) ٢: ١٦٦-١٦٧ كتاب المناسك ، باب: ما يلبس المحرم.

و «كان ابن عمر رضي الله عنهما يفتي بقطعهما حتى أُخبر بذلك فرجع»[1].

وروي أن علياً رضي الله عنه قال: «قطعُ الخفين فساد. يَلبسهما كما هما»[2].

ولأنه ملبوس أبيح لعدم غيره أشبه السراويل.

ولأن قطعه لا يخرجه عن حالة الحظر. فإن لُبْس المقطوع مع القدرة على لبس النعلين كلبس الصحيح.

ولأنه إتلاف لماليته وقد «نهى النبي ﷺ عن إضاعة المال»[3].

قال المصنف رحمه الله في المغني: وقد روي عن أحمد رحمه الله قطعهما. وهو أولى عملاً بالحديث الصحيح من قوله ﷺ: «وليقطعهما أسفل من الكعبين»[4] متفق عليه.

وخروجاً من الخلاف وأخذاً بالاحتياط.

وأما عدم وجوب الفدية في لبس ذلك فلأن النبي ﷺ ذكر في حديث ابن عباس رضي الله عنهما «جواز لبس السراويل والخفين إذا لم يجد إزاراً ولا نعلين»[5] ولم يذكر الفدية ولو وجبت لبينها؛ لأنه لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة.

---

(١) هو جزء من الحديث السابق.

(٢) لم أقف عليه هكذا. وقد أخرج ابن أبي شيبة في مصنفه عن عكرمة قال: «يتخفف إذا لم يجد نعلين قال: قلت: أيشقهما؟ قال: إن الله لا يحب الفساد» (١٤٦٣٥) ٣: ٣١٠ كتاب الحج، في المحرم يضطر إلى الخفين.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه عن المغيرة بن شعبة رضي الله عنه قال: «كان رسول الله ﷺ ينهى عن قيل وقال، وكثرة السؤال، وإضاعة المال...». (٦١٠٨) ٥: ٢٣٧٥ كتاب الرقاق، باب ما يكره من قيل وقال.
وأخرجه مسلم في صحيحه (٥٩٣) ٣: ١٣٤١ كتاب الأقضية، باب النهي عن كثرة المسائل من غير حاجة... بنحوه.

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه (١٣٤) ١: ٦٢ كتاب العلم، باب من أجاب السائل بأكثر مما سأله.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١١٧٧) ٢: ٨٣٥ كتاب الحج، باب ما يباح للمحرم بحج أو عمرة وما لا يباح...

(٥) سبق تخريجه قريباً.

قال رحمه الله : (ولا يعقد عليه منطقة ولا رداء ولا غيره إلا إزاره وهميانه الذي فيه نفقته إذا لم يثبت إلا بالعقد) .

أما كون المحرم لا يعقد عليه مِنْطقة . وهي : شيء يشد به الوسط لوجع الظهر فلأنه يترفه بذلك أشبه اللباس .

ولا بد أن يلحظ في العقد المذكور عدم الحاجة إليه فإن كان بالمحرم حاجة إلى ذلك من وجع ظهر ونحوه جاز وعليه الفدية . نص عليه .

أما الجواز فلمكان الحاجة .

وأما وجوب الفدية فلأنه نادر أشبه حلق الرأس لوجع الرأس .

وأما كونه لا يعقد عليه رداء ولا غيره غير ما استثني فلأن ابن عمر رضي الله عنهما قال : «لا تعقد عليك شيئاً»[1] .

ولأنه يصير بالعقد كالمخيط .

وأما جواز عقد الإزار فلأنه يحتاج إلى عقده لستر عورته .

وأما جواز عقد الهميان الذي فيه نفقته فلقول عائشة رضي الله عنها : «أوثق عليك نفقتك»[2] .

ولأنه مما تدعو الحاجة إلى عقده فجاز كالإزار .

وأما قول المصنف رحمه الله : إذا لم يثبت إلا بالعقد فاحتراز من أن يكون مما يمكن شده لا بالعقد مثل أن يُدخل بعضه في بعض فإن ذلك لا يجوز عقده حينئذ لعدم الحاجة إليه .

---

(١) أخرجه الشافعي في مسنده (٨٠٨) ١: ٣١١ كتاب الحج ، باب فيما يباح للمحرم وما يحرم...
وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (١٥٤٣٣) ٣: ٣٩٢ كتاب الحج، في المحرم يعقد على بطنه الثوب.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (١٥٤٤٣) ٣: ٣٩٣ كتاب الحج، في الهميان للمحرم.
وأخرجه البيهقي في سننه ٥: ٦٩ كتاب الحج ، باب المحرم يلبس المنطقة والهميان للنفقة والخاتم .

قال رحمه الله : (وإن طرح على كتفيه قباء فعليه الفدية .
وقال الخرقي : لا فدية عليه إلا أن يدخل يديه في كميه) .

أما وجوب الفدية على من طرح على كتفيه قباء فأدخل يديه في كميه فلأنه لبس المخيط وذلك موجب للفدية لما تقدم .

وأما وجوبها على من فعل ذلك ولم يدخل يديه في كميه على قول غير الخرقي فلأنه لَبِسه على المعتاد في مثله أشبه لبس القميص .

ولأنه منهي عن لبسه لما روى ابن المنذر عن النبي ﷺ «أنه نهى عن لبس الأقبية»[1] فيجب أن تجب به الفدية كلبس المخيط .

وأما عدم وجوبها على قول الخرقي فلأنه لا يحيط بالبدن فلا تلزمه الفدية كالقميص إذا اتشح به .

قال رحمه الله : (ويتقلد بالسيف عند الضرورة) .

أما جواز ذلك عند الضرورة فـ «لأن النبي ﷺ لما صالح أهل الحديبية صالحهم على أن لا يدخلوها إلا بجلبان السلاح»[2] رواه أبو داود .

وقال : جلبان السلاح : القراب بما فيه .

وأما عدم جوازه عند عدم الضرورة فلأنه لبس أشبه لبس المخيط .

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٥: ٥٠ كتاب الحج، باب ما يلبس المحرم من الثياب.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (١٨٣٢) ٢: ١٦٧ كتاب المناسك ، باب المحرم يحمل السلاح ، من حديث البراء رضي الله عنه .

فصل (في الطيب)

قال المصنف رحمه الله : (الخامس : الطيب . فيحرم عليه تطييب بدنه وثيابه وشم الأدهان المطيبة والادهان بها وشم الكافور والزعفران[1] والورس ، والتبخر بالعود ونحوه ، وأكل ما فيه طيب يظهر طعمه أو ريحه . وإن مس من الطيب ما لا يعلق بيده فلا فدية فيه) .

أما كون الطيب من محظورات الإحرام «فلقوله ﷺ في المحرم الذي وقصته ناقته : لا تحنطوه»[2] متفق عليه . وفي لفظٍ لمسلم : «لا تمسوه بطيب»[3] .

وجه الحجة أنه منع المحرم الميت من الطيب مع أنه يستحب للميت فالمحرم الحي بطريق الأولى .

وفي حديث ابن عمر : «لا تلبسوا من الثياب شيئاً مسه الزعفران ولا الورس»[4] متفق عليه .

فعلى هذا يحرم عليه استعماله في بدنه وثيابه .

ويحرم عليه شم كل دهن مطيب والادهان به ؛ لأنه يحصل به ما يحصل بشم الطيب نفسه .

ويحرم عليه شم المسك والكافور والعنبر والورس لأنه هكذا يستعمل .

---

(١) في المقنع: المسك والكافور والعنبر والزعفران .

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (١٢٠٩) ١: ٤٢٦ كتاب الجنائز ، باب كيف يكفن المحرم .
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٢٠٦) ٢: ٨٦٦ كتاب الحج ، باب ما يفعل بالمحرم إذا مات .

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه (١٢٠٦) ٢: ٨٦٦ كتاب الحج ، باب ما يفعل بالمحرم إذا مات .

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه (١٤٦٨) ٢: ٥٥٩ كتاب الحج ، باب ما لا يلبس المحرم من الثياب .
وأخرجه مسلم في صحيحه (١١٧٧) ٢: ٨٣٥ كتاب الحج ، باب ما يباح للمحرم بحج أو عمرة وما لا يباح...

ويحرم عليه التبخر بالعود ؛ لأن استعماله على وجه التطيب كذلك .

ويحرم عليه أكل ما فيه طيب يظهر طعمه لأن الطعم يستلزم الرائحة وذلك حرام لما يأتي ، وما يظهر ريحه لأن المقصود الريح وهو حاصل .

وأما عدم وجوب الفدية بمس طيب لا يعلق بيده كمن مس مسكاً غير مسحوق أو قطعاً من كافور أو عنبر ونحو ذلك فلأنه غير مستعمل للطيب .

وقوله : ما لا يعلق بيده يدل مفهومه على أن ما يعلق بيده كالغالية وماء الورد والمسك المسحوق ونحو ذلك فيه الفدية وهو صحيح لأنه مستعمل للطيب .

قال رحمه الله : (وله شم العود والفواكه والشيح والخزامى . وفي شم الريحان والنرجس والورد والبنفسج والبرم ونحوها والادهان بدهن غير مطيب في رأسه روايتان) .

أما جواز شم العود للمحرم فلأنه لا يُتطيب به هكذا .

وأما جواز شم الفواكه والشيح والخزامى فلأنه لا يقصد للطيب ولا يتخذ منه طيب .

وأما شم الريحان وما بعده ففيه روايتان :

أحدهما : يجوز ؛ «لأن عثمان رضي الله عنه سئل عن المحرم يدخل البساتين ويشم الريحان فقال : نعم»[1] .

ولأن الاعتبار بما يقصد منه الطيب ، ولا نظر إلى الرائحة المستطابة دليله شم القرنفل والدارصيني فإنهما لما كان المقصود منهما التداوي لا التطيب لم يحرم استعمالهما .

ولأنه شيء لا يعلق باليد فلم يحرم استعمالها كالقطع من العنبر .

فعلى هذا لا فدية عليه ؛ لأنه مباح الشم .

---

(١) ذكره الهيثمي في مجمع الزوائد ٣: ٢٣٢ كتاب الحج، باب في المحرم يربط الهميان ويدخل البستان ويشم الريحان.

والرواية الثانية : لا يجوز ؛ لأنه شم يحصل به طيب وترفه فلم يبح كشم الغالية والمسك .

فعلى هذه عليه الفدية إذا فعل ذلك ؛ لأنه فعلٌ محرم يقصد به الترفه أشبه الحلق .

وفرق المصنف رحمه الله في الكافي بين الريحان وبين الورد والبنفسج ، وصحح كون الورد والبنفسج طيباً ، وقاسه على الزعفران .

وأما الادهان بدهن غير مطيب كالشيرج والزيت ودهن اللبان ففيه روايتان :

أحدهما : يجوز ؛ « لأن النبي ﷺ ادهن في إحرامه بزيت غير مقتت »[1] أي غير مطيب رواه الإمام أحمد والأثرم في السنن .

ولأنه قول ابن عباس وابن عمر والأسود بن يزيد رضي الله عنهم .

والرواية الثانية : لا يجوز ؛ لأنه يزيل الشعث ويسكن الشعر فمنع منه قياساً على المطيب .

وأما قول المصنف رحمه الله : في شعره مشعر بأنه لا يحرم عليه الادهان بذلك في بدنه وهو صحيح صرح به في المغني .

ونقل عن ابن المنذر أنه قال : أجمع عوام أهل العلم على أن للمحرم أن يدهن بدنه بالشحم والزيت والسمن .

وقال القاضي وغيره من الأصحاب : الخلاف جار في دهن البدن كدهن الرأس لأن البدن كالرأس في إزالة الشعث وتسكين الشعر .

قال رحمه الله : (وإن جلس عند العطار أو في موضع ليشم الطيب فشمه فعليه الفدية، وإلا فلا) .

أما وجوب الفدية إذا جلس لقصد شم الطيب فشمه فلأنه شمه قاصداً مبتدءاً به في الإحرام فحرم عليه ووجبت الفدية كما لو باشره .

وأما عدم وجوبها إذا جلس لا لقصد ذلك فلأنه لا يمكن التحرز منه ، وما هذا شأنه لا تجب به فدية .

---

(١) أخرجه أحمد في مسنده (٦٣٢٢) ٢: ١٤٥ .

فصل (في الصيد للمحرم)

(السادس: قتل صيد البر واصطياده. وهو: ما كان وحشياً مأكولاً، أو متولداً منه ومن غيره. فمن أتلفه أو تلف في يده أو أتلف جزءاً فعليه جزاؤه).

أما كون قتل صيد البر من محظورات الإحرام؛ فلقوله تعالى: ﴿يا أيها الذين ءامنوا لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم﴾ [المائدة:٩٥].

وأما كون اصطياده من محظورات الإحرام؛ فلقوله تعالى: ﴿وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما﴾ [المائدة:٩٦].

وأما كون الصيد ما كان وحشياً مأكولاً ومتولداً منه ومن غيره فلأن غير ذلك إما أهلي وإما محرم الأكل. والأهلي ليس بصيد ولذلك يذبح في الهدايا والضحايا مع تحريم الصيد على المحرم، ومحرم الأكل يباح قتله؛ لأن النبي ﷺ أباح قتل بعض غير المأكول بقوله: «خمس فواسق يقتلن في الحرم»[1].

وفي لفظ: «خمس من الدواب ليس على المحرم في قتلهم جناح: الحدأة والغراب والعقرب والفأرة والكلب العقور»[2] متفق عليه.

فيقاس عليه غيره مما لم يقم دليل على تحريم قتله.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (١٧٣٢) ٢: ٦٥٠ أبواب الإحصاء وجزاء الصيد، باب ما يقتل المحرم من الدواب.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١١٩٨) ٢: ٨٥٧ كتاب الحج، باب ما يندب للمحرم وغيره قتله من الدواب في الحل والحرم.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٣١٣٧) ٣: ١٢٠٥ كتاب بدء الخلق، باب خمس من الدواب فواسق يُقتلن في الحرم.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١١٩٩) ٢: ٨٥٨ كتاب الحج، باب ما يندب للمحرم وغيره قتله من الدواب في الحل والحرم.

فإن قيل : لم حرم قتل المتولد وهو غير مأكول ؟

قيل : لأنه اجتمع فيه مبيح ومحرم فغلب جانب التحريم .

ولأنه حرم أكله تغليباً فكذلك قتله .

وأما وجوب الجزاء على من أتلف ذلك ؛ فلقوله تعالى : ﴿ومن قتله منكم متعمداً فجزاء مثل ما قتل من النعم﴾ [المائدة:٩٥].

وأما وجوبه على من تلف في يده فلأنه تلف تحت يد عادِيَة أشبه ما لو تلف في يده العادية مال الآدمي .

وأما وجوب جزاء الجزء فلأن ما يضمن جملته يضمن أجزاؤه دليله مال الآدمي .

قال رحمه الله : (ويضمن ما دل عليه أو أشار إليه أو أعان على ذبحه أو كان له أثر في ذبحه مثل أن يعيره سكيناً إلا أن يكون القاتل محرماً فيكون جزاؤه بينهما) .

أما وجوب الضمان في ذلك كله فلأن فعل جميع ذلك حرام لأنه وسيلة إلى حرام فكان حراماً كسائر الوسائل .

ولأن فعل كل واحد من ذلك يُحرّم الأكل لما يأتي ، ولو لم يحرم فعله لما حرم الأكل كصيد المحرم الذي لا أثر للحلال فيه .

وأما كون الضمان في ذلك على الدالّ والمشير والمعين ومن له أثر في الذبح وحده إذا لم يكن القاتل محرماً فلأنه يختص بالحرمة لكون الحلال لا يحرم عليه قتل الصيد .

وأما كونه بينه وبين القاتل إذا كان محرماً فلأنهما يشتركان في التحريم فكذا في الجزاء .

قال رحمه الله : (ويحرم عليه الأكل من ذلك كله وأكل ما صيد لأجله . ولا يحرم عليه الأكل من غير ذلك) .

أما تحريم الأكل مما دل عليه أو أشار فلما روى أبو قتادة رضي الله عنه «أنه كان مع أصحاب له محرمين وهو لم يحرم . فأبصروا حماراً وحشياً وأنا مشغول أخصف نعلي . فلم يؤذنوني به وأحبوا لو أني أبصرته . فركبت ونسيت السوط والرمح . فقلت لهم : ناولوني السوط والرمح . فقالوا : والله ! لا نعينك عليه . فلما سألوا رسول الله

ﷺ قال : هل منكم أحد أمره أن يَحمل عليها أو أشار إليها ؟ قالوا : لا . قال : كلوا ما بقي من لحمها »[1] متفق عليه .

وأما تحريم أكل ما أعان عليه فلأن ذلك في معنى الإشارة فوجب أن يحرم لأن الاشتراك المعنوي يوجب الاشتراك الحكمي .

وأما تحريم أكل ما صيد لأجله وعدم تحريم غير ما صرح بتحريمه فلما روى جابر رضي الله عنه قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : « صيد البر لكم حلال ما لم تصيدوه أو يُصاد لكم »[2] رواه الترمذي . وقال : هذا أحسن حديث في الباب .

قال رحمه الله : (وإن أتلف بيض صيد أو نقله إلى موضع آخر ففسد فعليه ضمانه بقيمته) .

أما وجوب ضمان بيض الصيد بإتلافه فلما روى أبو هريرة رضي الله عنه « أن رسول الله ﷺ قال في بيض النعام يصيبه المحرم ثمنه »[3] رواه ابن ماجة .

وأما وجوب ضمانه إذا فسد بنقله فلأنه تسبب في إتلافه ، والتسبب في الإتلاف كالمباشرة .

وأما كون الضمان فيهما بالقيمة فلأنه لا مثل للبيض فتجب فيه القيمة كسائر ما لا مثل له .

فإن قيل : في الحديث المتقدم ثمنه .

قيل : المراد بالثمن ذلك ، إذ غالب الأشياء يعدل ثمنها قيمتها .

قال رحمه الله : (ولا يملك الصيد بغير الإرث . وقيل : لا يملكه به أيضاً) .

أما كون الصيد لا يملكه المحرم بغير الإرث مثل أن يهدى إليه فيقبله أو يشتريه

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (١٧٢٨) ٢: ٦٤٨ أبواب الإحصار وجزاء الصيد ، باب لا يشير المحرم إلى الصيد لكي يصطاده الحلال .
وأخرجه مسلم في صحيحه (١١٩٦) ٢: ٨٥٣ كتاب الحج ، باب تحريم الصيد للمحرم .

(٢) أخرجه الترمذي في جامعه (٨٤٦) ٣: ٢٠٣ كتاب الحج ، باب ما جاء في أكل الصيد للمحرم .

(٣) أخرجه ابن ماجة في سننه (٣٠٨٦) ٢: ١٠٣١ كتاب المناسك ، باب جزاء الصيد يصيبه المحرم .

أو يتهبه أو نحو ذلك فـ «لأن النبي ﷺ أهدى إليه الصعب بن جثامة حماراً وحشياً فرده عليه . وقال : إنا لم نرده عليك إلا أنا حرم»[1] .

فإن قيل : الحديث المذكور في الهدية فلم عُدّي إلى غيرها ؟

قيل : لمساواته لها معنى .

وأما ملكه بالإرث ففيه وجهان :

أحدهما : لا يملكه بالقياس على ما تقدم .

والثاني : يملكه . وهو الصحيح لأنه يدخل في ملكه حكماً اختار ذلك أو كرهه ولهذا يدخل في ملك الصبي والمجنون بخلاف بقية الأسباب .

قال رحمه الله : (وإن أمسك صيداً حتى تحلل ثم تلف أو ذبحه ضمنه وكان ميتة . وقال أبو الخطاب : له أكله) .

أما وجوب الضمان في الحالتين المذكورتين فلأنه تلف بسبب كان في إحرامه فضمنه كما لو جرحه فمات بعد حله .

وأما كونه ميتة على المذهب فلأنه صيد يلزمه ضمانه فلم يبح ذبحه كحال الإحرام .

وأما كون المحرم له أكله على قول أبي الخطاب فلأنه ذبحه حال حله فأبيح له كغيره .

قال رحمه الله : (وإن أحرم وفي يده صيد أو دخل الحرم بصيد لزمه إزالة يده المشاهدة دون الحكمية عنه . فإن لم يفعل فتلف ضمنه . وإن أرسله إنسان من يده قهراً فلا ضمان على المرسل) .

أما لزوم إزالة يده المشاهدة إذا أحرم وفي يده صيد أو دخل الحرم بصيد فلأن في عدم إزالة يده إمساكاً للصيد فلم يجز كحالة الابتداء .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (١٧٢٩) ٢: ٦٤٩ أبواب الإحصار وجزاء الصيد، باب إذا أهدى للمحرم حماراً وحشياً حياً لم يقبل .

وأخرجه مسلم في صحيحه (١١٩٣) ٢: ٨٥٠ كتاب الحج، باب تحريم الصيد للمحرم .

وأما عدم لزوم إزالة يده الحكمية فلأنها[1] فلم يلزم إزالتها كما لو لم يكن محرماً .

فإن قيل : ما المشاهدة وما الحكمية ؟

قيل : اليد المشاهدة أن يكون في قبضته أو رَحْله أو خيمته أو قفصٍ معه أو مربوطاً معه ، واليد الحكمية أن يكون له صيد في بلده أو يد نائبه في غير مكانه .

وأما وجوب الضمان إذا لم تَزُل يده فتلف فلأنه تلف تحت اليد العادِيَة فلزمه الضمان كمال الآدمي .

وأما عدم وجوبه على من أرسله من يده قهراً فلأنه فعل ما يلزمه فعله .

ولأن اليد يد زال حكمها وحرمتها .

قال رحمه الله : (وإن قتل صيداً صائلاً عليه دفعاً عن نفسه أو بتخليصه من سبع أو شبكة ليطلقه لم يضمنه . وقيل : يضمنه فيهما) .

أما عدم وجوب الضمان على من قتل صيداً صائلاً عليه على الوجه الأول فلأنه أجأه إلى قتله فلم يضمنه كالآدمي الصائل .

وأما عدم وجوب ضمانه إذا قتله بتخليصه فلأنه فعلٌ أبيح لحاجة الحيوان فلم يضمن ما تلف به كما لو داوى ولي الصبيِّ الصبيَّ فمات بذلك .

وأما وجوب ضمانه فيهما : أما في الأولى : فلأنه قتله لحاجة نفسه أشبه ما لو قتله للحاجة إلى أكله .

وأما في الثانية : فلعموم الآية .

ولأن غاية ما فيه أنه عدم القصد إلى قتله أشبه قتل الخطأ .

قال رحمه الله : (ولا تأثير للحرم ولا للإحرام في تحريم حيوان إنسي ولا مُحرّم الأكل إلا القمل في رواية . وأي شيء تصدّق به كان خيراً منه) .

أما عدم تأثير الحرم والإحرام في تحريم الحيوان الإنسي كالبقر والغنم ونحو ذلك فلأن الله تعالى إنما حرم الصيد وليس هذا بصيد . ولذلك كان النبي ﷺ يتقرب إلى الله تعالى بذبح ذلك في إحرامه .

---

(١) بياض في ج مقدار ثلاث كلمات .

وقال ﷺ : «أفضل الحج العج والثج»[1] . يعني إسالة الدم بالنحر .

وأما عدم تأثيرهما في تحريم محرم الأكل غير القمل فلأن النبي ﷺ أباح قتل ذلك بقوله : «خمس فواسق يقتلن في الحل والحرم»[2] .

وقال : «خمس من الدواب ليس على المحرم في قتلهن جناح : الحدأة والغراب والعقرب والفأرة والكلب العقور»[3] متفق عليه .

نص على الخمس الفواسق وقيس عليهن كل مؤذ .

وأما القمل ففيه روايتان :

أحدهما : لا تأثير لهما في قتله لأنه يحرم أكله ويؤذي أشبه البراغيث .

والثانية : يحرم قتله في الإحرام ؛ لأنه يترفه بإزالته .

فعلى هذا فيه الجزاء وأي شيء تصدق به كان خيراً منه لأنه لم يرد فيه أثر .

قال رحمه الله : (ولا يحرم صيد البحر على المحرم . وفي إباحته في الحرم روايتان) .

أما عدم حرمة صيد البحر على المحرم ؛ فلأن الله تعالى قال : ﴿أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعاً لكم وللسيارة وحُرِّم عليكم صيد البر ما دمتم حرما﴾ [المائدة:٩٦].

وصيد البحر ما يعيش في الماء كالسمك والسرطان ونحو ذلك وسواء كان في الماء الملح أو العذب كالآبار والعيون لأن لفظ البحر يطلق على الكل قال الله سبحانه : ﴿وهو الذي مرج البحرين هذا عذب فرات وهذا ملح أجاج﴾ [الفرقان:٥٣] فسمى العذب بحراً .

ولأن الله تعالى قابله بصيد البر فدل على أن ما ليس من صيد البر من صيد البحر .

وأما صيده من آبار الحرم ففيه روايتان :

---

(١) أخرجه الترمذي في جامعه (٨٢٧) ٣: ١٨٩ كتاب الحج ، باب ما جاء في فضل التلبية والنحر . بلفظ: «أن النبي ﷺ سئل أي الحج أفضل ؟ قال: العج والثج» . عن أبي بكر الصديق .
والعج: رفع الصوت بالتلبية ، والثج: نَحْر البُدْن .
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٩٢٤) ٢: ٩٧٥ كتاب المناسك، باب رفع الصوت بالتلبية . مثله .

(٢) سبق تخريجه ص: ١١٠.

(٣) سبق تخريجه ص: ١١٠..

أحدهما : يباح ؛ لأنه لا يؤثر فيه الإحرام فكذلك الحرم .

والثانية : يحرم ؛ لأنه صيد حرمي أشبه صيد الحرم .

قال رحمه الله : (ويُضمن الجراد بقيمته . فإن انفرش في طريقه فقتله بالمشي عليه ففي الجزاء وجهان . وعنه : لا ضمان في الجراد) .

أما ضمان الجراد على المذهب فلما روي «أن ابن عمر رضي الله عنه أوجب فيه الجزاء»[1] .

ولأنه طائر أشبه سائر الطيور .

وأما ما يُضمن به فنص الإمام أحمد رحمه الله على أنه يجب في الجرادة تمرة ؛ لأنه يروى عن ابن عمر[2] .

وقال بعض أصحابنا : يضمن بالقيمة ؛ لأنه متلف غير مثلي فضُمن بالقيمة كسائر المتلفات التي لا مثل لها .

وقال القاضي أبو يعلى : ليس هذا منه -يعني من الإمام أحمد- تقديراً بل تقويماً .

وأما إذا انفرش في طريقه فقتله بالمشي عليه ففيه وجهان :

أحدهما : لا جزاء عليه ؛ لأنه اضطره إلى إتلافه أشبه ما لو صال عليه .

والثاني : عليه الجزاء ؛ لأنه أتلفه لمنفعته أشبه ما لو اضطر إلى أكله .

وأما عدم وجوب الضمان في الجراد على روايةٍ ؛ فلأنه من صيد البحر لما روى أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال : «الجراد من صيد البحر»[3] .

وفي لفظ : «أنه سئل عنه فقال : إنما هو من البحر»[4] رواه أبو داود .

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (١٥٦٢٢) ٣: ٤١٠ كتاب الحج، في المحرم يقتل الجرادة. من طريق علي بن عبدالله البارقي قال: «كان ابن عمر يقول: في الجرادة قبضة من طعام» .

(٢) أخرجه سعيد بن منصور في سننه من طريق أبي سلمة عن ابن عمر . ر . تلخيص الحبير ١: ٥٤٠ .

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (١٨٥٣) ٢: ١٧١ كتاب المناسك ، باب في الجراد للمحرم . عن أبي هريرة .

(٤) أخرجه أبو داود في سننه (١٨٥٤) ٢: ١٧١ كتاب المناسك ، باب في الجراد للمحرم . ولفظه: عن أبي هريرة قال: «أصبنا صِرْماً من جراد فكان رجل منا يضرب بسوطه وهو محرم فقيل له إن هذا لا يصلح فذكر ذلك للنبي ﷺ فقال: إنما هو من صيد البحر» .

⇦

والأولى وجوب الضمان لأن أبا داود رضي الله عنه قال في الحديثين جميعاً : هما جميعاً وهم[1] .

قال رحمه الله : (ومن اضطر إلى أكل الصيد أو احتاج إلى شيء من هذه المحظورات فله فعله وعليه الفداء) .

أما كون المضطر له أكل ما اضطر إلى أكله فلمكان الضرورة .

وأما كون المحتاج إلى شيء من المحظورات المتقدم ذكرها له فعل ما احتاج إلى فعله فلأن كعب بن عجرة احتاج إلى الحلق فأباحه النبيﷺ . روي أنه قال : «لعلك يؤذيك هوامّ رأسك . قال : نعم يا رسول الله! قال : احلق رأسك وصم ثلاثة أيام أو أطعم ستة مساكين لكل مسكين نصف صاع تمراً أو انسك شاة»[2] متفق عليه .

وأما وجوب الفداء في الصورتين : أما فيما إذا اضطر فلأن أكل الصيد إتلاف فوجب ضمانه كما لو اضطر إلى طعام الغير .

وأما وجوبه فيما إذا احتاج ؛ فلما ذكر في حديث كعب .

⇦

وأخرجه ابن ماجة في سننه (٣٢٢٢) ٢: ١٠٧٤ كتاب الصيد، باب صيد الحيتان والجراد. نحو لفظ الترمذي .

وأخرجه أحمد في مسنده (٨٧٥٠) ٢: ٣٦٤ . وفيه: «لا بأس بصيد البحر» . كلهم عن أبي المهزم عن أبي هريرة . قال الترمذي: هذا حديث غريب لا نعرفه إلا من حديث أبي المُهَزِّم عن أبي هريرة وأبو المهزم اسمه يزيد بن سفيان وقد تكلم فيه شعبة . وقال أبو داود: أبو المهزم ضعيف .

(١) سنن أبي داود ١: ١٧١ .

(٢) سبق تخريج حديث كعب بن عجرة ص: **Error! Bookmark not defined.**.

فصل [في عقد النكاح للمحرم]

قال المصنف رحمه الله : (السابع : عقد النكاح لا يصح منه . وفي الرجعة روايتان . ولا فدية عليه في شيء منهما) .

أما كون النكاح من محظورات الإحرام فلما روى عثمان رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ : «لا يَنكح المحرم ولا يُنكح ولا يخطب»[1] رواه الترمذي . وقال : هذا حديث حسن صحيح .

ولأن الإحرام يُحرّم الطيب فيحرم النكاح كالعدة .

فإن قيل : فقد روى ابن عباس رضي الله عنهما «أن النبي ﷺ تزوج ميمونة وهو محرم»[2] متفق عليه .

قيل : ذلك معارض بما روى يزيد بإسناده عن ميمونة رضي الله عنها «أن النبي ﷺ تزوجها حلالاً وبنى بها حلالاً وماتت بسرف ودفناها في الظلة التي بنى بها فيها»[3] رواه أبو داود والأثرم والترمذي .

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٤٠٩) ٢: ١٠٣١ كتاب النكاح ، باب تحريم نكاح المحرم وكراهة خطبته .
وأخرجه أبو داود في سننه (١٨٤١-١٨٤٢) ٢: ١٦٩ كتاب المناسك، باب المحرم يتزوج.
وأخرجه الترمذي في جامعه (٨٤٠) ٣: ١٩٩ كتاب الحج، باب ما جاء في كراهية تزويج المحرم .

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (١٧٤٠) ٢: ٦٥٢ كتاب المغازي ، باب عمرة القضاء .
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٤١٠) ٢: ١٠٣١ كتاب النكاح ، باب تحريم نكاح المحرم وكراهة خطبته .

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه مختصراً (١٤١١) ٢: ١٠٣٢ كتاب النكاح، باب تحريم نكاح المحرم وكراهة خطبته .
وأخرجه أبو داود في سننه (١٨٤٣) ٢: ١٦٩ كتاب المناسك ، باب المحرم يتزوج ، مختصراً أيضاً.
وأخرجه الترمذي في جامعه (٨٤٥) ٣: ٢٠٣ كتاب الحج ، باب ما جاء في الرخصة في ذلك .

وبما روى أبو رافع رضي الله عنه قال : «تزوج رسول الله ﷺ ميمونة وهو حلال وبنى بها وهو حلال وكنت أنا الرسول بينهما»[1] قال الترمذي : هذا حديث حسن .

بل ما ذكرنا راجح ؛ لأن ميمونة رضي الله عنها أعلم بنفسها وأبا رافع أعلم من غيره ؛ لأنه كان السفير بينهما .

ولأن ابن عباس رضي الله عنهما كان صغيراً وقد أُنكر هذا القول عليه .

ولأن ما ذكرنا اجتمع فيه قول النبي ﷺ وفعله وما ذكر فيه فعله لا غير .

ثم يمكن حمل قول ابن عباس : «تزوجها محرماً»[2] على أنه تزوجها في الشهر الحرام كما قيل : قتلوا ابن عفان الخليفة محرما .

وقيل : تزوجها حلالاً وظهر أمر تزويجها وهو محرم .

وأما الرجعة ففيها روايتان :

أحدهما : أنها كذلك لأنها عقدٌ وُضع لإباحة البضع أشبه النكاح .

والرواية الثانية : لا تحرم . وهي الصحيحة في المذهب ؛ لأن الرجعة إمساك الزوجة بدليل قوله تعالى : ﴿فأمسكوهن بمعروف﴾ [الطلاق:٢].

ولأنها تجوز بغير ولي ولا شهود .

وأما عدم وجوب الفدية في شيء منهما فلأن ذلك عقد فسد للإحرام فلم يجب به فدية كشري الطيب .

---

(١) أخرجه الترمذي في جامعه (٨٤١) ٣: ٢٠٠ كتاب الحج ، باب ما جاء في كراهية تزويج المحرم .
وأخرجه أحمد في مسنده (٢٧٢٤١) ٦: ٣٩٢.

(٢) سبق تخريجه قريبا .

فصل [في الجماع للمحرم]

قال المصنف رحمه الله : (الثامن : الجماع في الفرج قبلاً كان أو دبراً من آدمي أو غيره ، فمتى فعل ذلك قبل التحلل الأول فسد نسكه عامداً كان أو ناسياً ، وعليهما المضي في فاسده والقضاء على الفور من حيث أحرما أوّلاً) .

أما كون الجماع من محظورات الإحرام فلقوله تعالى : ﴿فمن فرض فيهن الحج فلا رفث ولا فسوق ولا جدال في الحج﴾ [البقرة:١٩٧].

قال ابن عباس رضي الله عنهما : «الرفث الجماع» . يدل عليه قوله : ﴿أحل لكم ليلة الصيام الرفث إلى نسائكم﴾ [البقرة:١٨٧] أي الجماع .

وأما التسوية في الوطء بين الدبر والقبل ومن الآدمي وغيره فلاشتراك ذلك كله في وجوب الغسل به .

ولأن الوطء في الدبر ولغير الآدمي حرام في غير الإحرام فلأن يحرم في الإحرام بطريق الأولى .

وأما فساد النسك بفعل ذلك قبل التحلل الأول فلما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما : «أن رجلاً سأله فقال : إني وقعت بامرأتي ونحن محرمان . فقال : أفسدت حجك»[1] .

وروي عن ابن عباس رضي الله عنهما ، وعبدالله بن عمرو[2]. ولم يعرف لهم مخالف فكان إجماعاً .

وأما وجوب المضي في فاسده ووجوب القضاء على الفور فلأن تكملة حديث ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال للسائل : «انطلق أنت وأهلك مع الناس فاقضوا ما يقضون

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٥: ١٦٧-١٦٨ كتاب الحج ، باب ما يفسد الحج .

(٢) أخرجه البيهقي عنهما في الموضع السابق.

وحلوا إذا حلوا فإذا كان العام المقبل فاحجج أنت وامرأتك واهديا فإن لم تجدا فصوما ثلاثة أيام في الحج وسبعة إذا رجعتم »[1] وكذلك روي عن الصحابة المتقدم ذكرهم والحجة ما مر .

وأما وجوب الإحرام من الموضع الذي أحرما منه أولاً فلأن القضاء يحكي الأداء .

وأما تسوية عمد وطء المحرم بسهوه فلأن ابن عمر وابن عباس وعبدالله بن عمرو رضي الله عنهم لما قالوا للواطئ في إحرامه : « أفسدت حجك » لم يستفصلوه عن سهوه ، ولو افترق الحال لوجب الاستفصال .

قال رحمه الله : (ونفقة المرأة في القضاء عليها إن طاوعت ، وإن أكرهت فعلى الزوج) .

أما وجوب نفقة المرأة في القضاء عليها إذا طاوعت فلأنها أفسدت حجها بالمجامعة فكانت النفقة عليها .

ولقول ابن عمر رضي الله عنهما : « واهديا هديا » أضاف الفعل إليهما فكان على كل واحد منهما هديه .

ولفظ ابن عباس رضي الله عنهما : « اهد ناقة ولتهد ناقة »[2] .

ولأنها بمطاوعتها أفسدت حجها فكانت النفقة عليها كالرجل المفسد لنسكه .

وأما وجوبها على الزوج إذا أكرهها فلأنه هو المفسد لحجها فكانت عليه نفقتها كنفقة حجه .

قال رحمه الله : (ويتفرقان في القضاء من الموضع الذي أصابها فيه إلى أن يحلا . وهل هو واجب أو مستحب ؟ على وجهين) .

أما تفرقهما من الموضع المذكور فلأن في حديث ابن عباس رضي الله عنهما : « ويتفرقان من حيث يحرمان ولا يجتمعان حتى يقضيا »[3] .

---

(١) سبق في الحديث السابق .

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٥: ١٦٧-١٦٨ كتاب الحج ، باب ما يفسد الحج .

(٣) سبق تخريج حديث ابن عباس قريباً.

وأما وجوب ذلك ففيه وجهان :

أحدهما : أنه واجب ؛ لأن ابن عباس رضي الله عنهما ذكره حكماً للمجامع فكان واجباً كالقضاء .

والثاني : لا يجب ؛ لأنه حج فلم يجب فيه مفارقة الزوجة كغير القضاء .

ولأن مقصود الفراق التحرز من إصابتها وهذا وهم لا يقتضي الوجوب .

فعلى هذا يكون مستحباً لأنه اختلف في وجوبه فأدنى أحواله أن يكون مستحباً .

فإن قيل : ما معنى التفرق ؟

قيل : اجتناب الركوب معها على بعير واحد والجلوس معها في خباء ، ولا بأس أن يكون قريباً منها يراعي أحوالها ؛ لأنه محرمها .

قال : (وإن جامع بعد التحلل الأول لم يفسد حجه ويمضي إلى التنعيم فيُحرم ليطوف وهو محرم . وهل تلزمه بدنة أو شاة ؟ على روايتين) .

أما عدم فساد حج من جامع بعد التحلل الأول وقبل الثاني فلأن الحج عبادة لها تحللان فوجود المفسد بعد أولهما لا يفسد كالصلاة .

وأما مضيه إلى التنعيم فلأن إحرامه فسد ؛ لأنه وطء صادف إحراماً فأفسده كما قبل التحلل الأول ، والطواف لا يصح إلا في إحرام صحيح ؛ لأنه ركن فوجب أن يأتي به في إحرام صحيح كالوقوف .

واعلم أن المراد من فساد الإحرام بقيته لا فساد كله ؛ لأنه لو فسد كله كان يلزم منه وقوع الوقوف في غير إحرام .

فعلى هذا يُحرم من الحل ليجمع في إحرامه بين الحل والحرم .

فإن قيل : ظاهر كلام المصنف رحمه الله يقتضي أنه يحرم من التنعيم ولا بد ؟

قيل : ليس مراده ذلك بدليل أنه قال في المغني قول الخرقي يحرم من التنعيم لم يذكر ليتعين الإحرام منه بل لأنه حِلّ فمن أي حِلٍّ أحرم جاز .

وظاهر كلام المصنف رحمه الله هنا أنه إذا أحرم لا يجب عليه إلا الطواف لأنه اقتصر عليه .

وقال في المغني بعد ذكر الطواف : هذا ظاهر كلام الخرقي إلا أنه ضم إليه السعي إن لم يكن سعى . وعلل الاقتصار على ذلك بأن الذي [بقي][1] عليه بقية أفعال الحج . ثم قال : والمنصوص عن أحمد ومن وافقه من الأئمة أنه يعتمر . ثم قال : فيحتمل أنهم أرادوا الإحرام والطواف وسموه عمرة لأن ذلك جُلّ أفعال العمرة . ويحتمل أنهم ألزموه جميع أفعال العمرة لأنه إحرام مستأنف فكان فيه سعي وتقصير كالعمرة المنفردة . ثم قال : والأول أصح في المعنى .

وأما ما يلزمه ففيه روايتان :

أحدهما : بدنة ؛ لأنه قول ابن عباس[2] .

ولأنه وطء في الحج فوجبت به بدنة كما لو لم يتحلل .

والثانية : شاة ؛ لأنه وطء لا يُفْسِد الحج أشبه الاستمتاع دون الفرج الخالي عن الإنزال .

ولأن الإحرام خَفّ بالتحلل الأول فينبغي أن يكون موجَبه دون موجَب الإحرام التام .

قال المصنف رحمه الله في المغني : هذا -يعني وجوب الشاة- ظاهر كلام الإمام أحمد والخرقي .

---

(١) بياض في ج ، وقد استدركناه من المغني .

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٥: ١٦٨ كتاب الحج ، باب ما يفسد الحج .

فصل (في المباشرة للمحرم)

قال المصنف رحمه الله : (التاسع : المباشرة فيما دون الفرج لشهوة ، فإن فعل فأنزل فعليه بدنة . وهل يفسد نسكه ؟ على روايتين ، وإن لم ينزل لم يفسد) .

أما كون المباشرة من محظورات الإحرام فلأن ذلك وسيلة إلى الوطء وهو محرم ، والوسيلة إلى المحرم تكون محرمة .

وأما وجوب البدنة إذا فعل ذلك فأنزل فلأنه جماع اقترن به الإنزال فأوجب بدنة كالجماع في الفرج .

وأما فساد النسك بذلك ففيه روايتان :

أحدهما : لا يفسد ؛ لأنه استمتاع لا يجب بنوعه الحد فلا يفسد به الحج كما لو لم ينزل .

والثانية : يفسد ؛ لأنه إنزال عن مباشرة أشبه الوطء في الفرج . وصحح هذه الرواية صاحب النهاية في مختصره .

وأما عدم فساده إذا لم ينزل فلأنها مباشرة عريت عن إنزال فلم يفسد بها الحج كاللمس ، أو مباشرةٌ لا توجب الاغتسال فلا يفسد بها الحج كاللمس .

فصل (في إحرام المرأة)

قال المصنف رحمه الله : (والمرأة إحرامها في وجهها . ويحرم عليها ما يحرم على الرجل إلا في اللباس وتظليل المحمل) .

أما كون إحرام المرأة في وجهها فلأن النبي ﷺ قال : «ولا تنتقب المرأة الحرام»[1] رواه البخاري . نهى المرأة عن النقاب فلو لم يحرم تغطية وجهها لما نهاها عنه .

فإن قيل : فلو احتاجت إلى ستر وجهها عند مرور الرجال قريباً منها ؟

قيل : ترسل ثوباً من فوق رأسها على وجهها لما روت عائشة رضي الله عنها : «كان الركبان يمرون بنا ونحن محرمات مع رسول الله ﷺ فإذا حاذونا سدلت إحدانا جلبابها من رأسها على وجهها فإذا جاوزونا كشفناه»[2] رواه أبو داود .

ولأن بالمرأة حاجة إلى ستر وجهها فلم يحرم على الإطلاق كالعورة من الرجل .

وأما كون المرأة يحرم عليها ما يحرم على الرجل غير اللباس وتظليل المحمل فلأن ذلك كله حرام على الرجل لإحرامه ، وهو موجود في المرأة فيحرم عليها ذلك لوجود سببه .

وأما كونها لا يحرم عليها اللباس والتظليل فلأن المرأة عورة يحرم النظر إليها ويستحب لها المبالغة في الستر ، وحرمة اللباس والتظليل يناقض ذلك بخلاف الرجل .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (١٧٤١) ٢: ٦٥٣ أبواب الإحصار وجزاء الصيد ، باب ما ينهى من الطيب للمحرم والمحرمة .
وأخرجه مسلم في صحيحه (١١٧٧) كتاب الحج . كلاهما من حديث ابن عمر رضي الله عنهما .

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (١٨٣٣) ٢: ١٦٧ كتاب المناسك ، باب في المحرمة تغطي وجهها .
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٩٣٥) ٢: ٩٧٩ كتاب المناسك، باب المحرمة تسدل الثوب على وجهها .
وأخرجه أحمد في مسنده (٢٤٠٦٧) ٦: ٣٠.

قال: (ولا تلبس القفازين والخلخال ونحوه، ولا تكتحل بالإثمد).

أما كون المرأة لا تلبس القفازين فلما روى ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «لا تنتقب المرأة الحرام ولا تلبس القفازين»[1] رواه البخاري.

وفي لفظ: «نهى النساء في إحرامهن عن القفازين والنقاب»[2].

فإن قيل: ما القفازان؟

قيل: شيء يعمل لليدين يدخلان فيه من الحر مثل ما يعمل للبُزاة.

وأما كونها لا تلبس الخلخال وما أشبهه كالسوار والدملج فلأن المحرمة كالمتوفى عنها زوجها في اجتناب الطيب.

وظاهر كلام المصنف رحمه الله أن لبسه حرام لأنه عطفه على القفازين ولبسهما حرام فكذلك المعطوف عليهما.

قال المصنف رحمه الله في المغني بعد ذكر ذلك: ظاهر كلام الخرقي أنه لا يجوز لبسه. وروي عن الإمام أحمد رحمه الله على أنه قال: المحرمة والمتوفى عنها زوجها يتركان الطيب والزينة.

وظاهره تحريم الحلي المذكور.

وأما الكحل بالإثمد فليس حراماً بل مكروهاً صرح به المصنف رحمه الله في المغني والكافي. والأصل فيه «قول عائشة رضي الله عنها لامرأة قالت لها: اشتكت عيني وأنا محرمة: اكتحلي بأي كحل شئت غير الإثمد أو الأسود. أما إنه ليس حراماً ولكنه زينة فنحن نكرهه»[3].

وفي ذكر الإثمد دليل على عدم كراهة الاكتحال بغيره. وصرح به المصنف في المغني. والأصل فيه حديث عائشة المتقدم فإن فيه: «اكتحلي بأي كحل شئت غير الإثمد»[4] مع أنها نفت الحرمة عن الإثمد فدل على أن غيره ليس بمكروه.

---

(١) سبق تخريجه في الحديث قبل السابق.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (١٨٢٧) ٢: ١٦٦ كتاب المناسك، باب ما يلبس المحرم.

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه مختصراً (١٤٨٥١) ٣: ٣٣٥ كتاب الحج، في الكحل للمحرم والمحرمة. وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٥: ٦٣ كتاب الحج، باب المحرم يكتحل بما ليس بطيب.

(٤) سبق تخريجه في الحديث السابق.

قال: (ويجوز لبس المعصفر والكحلي والخضاب بالحناء والنظر في المرآة لهما جميعاً).

أما جواز لبس المعصفر والكحلي فلقوله ﷺ: «ولتلبس إحداكن ما أحبت من ألوان الثياب من معصفر أو كحلي».

وأما الخضاب بالحناء فلأن عكرمة قال: «كانت عائشة وأزواج النبي ﷺ يختضبن بالحناء وهن حرم»[1].

وأما النظر في المرآة للرجل والمرأة فإن كان القصد بذلك إزالة شعث أو تسوية شعر أو شيئاً من الزينة كره لأنه زينة وقد روي: «إن المحرم الأشعث الأغبر». وفي الحديث: «إن الله تعالى يباهي الملائكة بأهل عرفة فيقول: يا ملائكتي! انظروا إلى عبادي أتوني شعثاً غبراً ضاحين»[2].

وإن كان لغير ذلك جاز من غير كراهة.

أما الجواز فلأنه إذا جاز فيما تقدم فلأن يجوز في غيره بطريق الأولى.

وأما عدم الكراهية فلانتفاء موجبها المتقدم ذكره.

---

(١) أخرجه الطبراني في المعجم الكبير (١١١٨٦) ١١: ١٠٥ عن عمرو بن دينار عن ابن عباس.

(٢) أخرجه أحمد في مسنده (٧٠٨٩) ٢: ٢٢٤. عن عبدالله بن عمرو.

باب الفدية

قال المصنف رحمه الله : (وهي على ثلاثة أضرب :

أحدها : ما هو على التخيير ، وهو نوعان :

أحدهما : يخير فيه بين صيام ثلاثة أيام أو إطعام ستة مساكين لكل مسكين مد بر أو نصف صاع تمر أو شعير أو ذبح شاة ، وهي فدية حلق الرأس وتقليم الأظافر وتغطية الرأس واللبس والطيب . وعنه : يجب الدم إلا أن يفعله لعذر فيخير) .

أما كون فدية الحلق على التخيير مع العذر فلقوله سبحانه وتعالى : ﴿ولا تحلقوا رؤوسكم حتى يبلغ الهدي محله فمن كان منكم مريضاً أو به أذى من رأسه ففدية من صيام أو صدقة أو نسك﴾ [البقرة:١٩٦].

ولقول النبي ﷺ لكعب بن عجرة : «احلق رأسك وصم ثلاثة أيام أو أطعم ستة مساكين أو انسك شاة»[1] متفق عليه .

فإن قيل : الآية ليس فيها ذكر الحلق ؟

قيل : هو محذوف تقديره فحلق ففدية ، ونظيره قوله تعالى :﴿فعدة من أيام أخر﴾ [البقرة:١٨٥] أي فأفطر فعدة .

وأما مع عدم العذر ففيه روايتان :

أحدهما : هي على التخيير لما تقدم .

والثانية : هي على الترتيب لأن الله تعالى خيره مع العذر فإذا زال العذر زال التخيير . فعلى هذه يجب عليه الدم أولاً فإن لم يجد أطعم ستة مساكين .

(١) سبق تخريج حديث كعب بن عجرة ص: **Error! Bookmark not defined.**.

وأما كون الفدية صيام ثلاثة أيام أو إطعام ستة مساكين أو نسك شاة فلما تقدم في حديث كعب بن عجرة .

وأما كون الواجب لكل مسكين مداً من البر أو نصف صاع من غيره فلأن البر أنفع من غيره .

ولأن الكفارات البر فيها على النصف من غيره فكذلك هاهنا .

وفي بعض ألفاظ حديث كعب بن عجرة : «أطعم ستة مساكين لكل مسكين نصف صاع تمر»[1] .

وفي رواية أبي داود : «أطعم ستة مساكين فرَقاً من زبيب»[2] . والفرَق ستة عشر رطلاً وهو ثلاثة آصع .

وأما كون فدية تقليم الأظفار وتغطية الرأس واللبس والطيب كفدية الحلق فلأن أصل الوجوب في ذلك كله ملحق بالحلق فكذلك في صفته .

قال : (الثاني : جزاء الصيد يخير فيه بين المثل أو تقويمه بدراهم يشتري بها طعاماً فيطعم كل مسكين مداً أو يصوم عن كل مد يوماً ، وإن كان مما لا مِثْل له خُيِّر بين الإطعام والصيام . وعنه : أن جزاء الصيد على الترتيب ، فيجب المثل فإن لم يجد[3] لزمه الإطعام فإن لم يجده صام) .

أما كون جزاء الصيد على التخيير على المذهب فلأن الله عز وجل ذكر ذلك بلفظ "أو" المقتضية للتخيير فقال سبحانه وتعالى :﴿ومن قتله منكم متعمداً فجزاء مثل ما قتل من النعم يحكم به ذوا عدل منكم هدياً بالغ الكعبة أو كفارة طعام مساكين أو عدل ذلك صياما﴾ [المائدة:٩٥].

ولأن جزاء الصيد كفارة فكانت على التخيير كفدية الأذى .

---

(١) أخرجه أحمد في مسنده (١٨١٤٥) ٤: ٢٤٣ .

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (١٨٦٠) ٢: ١٧٢ كتاب المناسك ، باب في الفدية .

(٣) في المقنع: يجده .

وأما ما يجب فيه فيُنظر في الصيد فإن كان مما له مثل خير فيه بين ثلاثة أشياء : المثل والإطعام والصيام ؛ لأن ذلك هو المذكور في الآية ، وإن كان مما لا مثل له خير بين شيئين : الإطعام والصيام ؛ لأن التخيير إذا وقع بين أشياء فعدم واحد بقي بين الباقي .

فعلى هذا إن اختار الإطعام فيما له مِثْل قُوّم المثل لا الصيد لأن كل متلف له مثل إذا قوم لزمت قيمة مثله دليله مال الآدمي المثلي .

وإن اختار الصيام كان اليوم في مقابلة المد لأنها كفارة دخلها الصيام والإطعام فكان اليوم في مقابلة المد ككفارة الظهار .

وإن اختار الإطعام فيما لا مثل له قُوّم الصيد لأن كل متلف غير مثلي إذا قوم لزمت قيمته دليله مال الآدمي غير المثلي .

وإن اختار الصيام فعلى ما تقدم .

وأما كون جزاء الصيد على الترتيب على روايةٍ فلأن المتعة على الترتيب وهذا آكد منها فإنه يجب بفعل محظور .

والأصح أنها على التخيير ؛ لأن دليل الترتيب قياس مع وجود النص .

فصل (في الفدية الواجبة بالترتيب)

قال المصنف رحمه الله: (الضرب الثاني: على الترتيب. وهو ثلاثة أنواع:

أحدها: دم المتعة والقران: فيجب الهدي، فإن لم يجد فصيام ثلاثة أيام في الحج، والأفضل أن يكون آخرها يوم عرفة وسبعة إذا رجع إلى أهله، وإن صامها قبل ذلك أجزأه).

أما كون فدية التمتع على الترتيب فلقوله تعالى: ﴿فمن تمتع بالعمرة إلى الحج فما استيسر من الهدي فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام في الحج وسبعة إذا رجعتم﴾ [البقرة:١٩٦] . ذكره بلفظ الشرط وذلك شأن المرتَّب.

وأما كون فدية القران على الترتيب فلأن وجوبها ثابت بالقياس على فدية التمتع فكذلك صفتها.

وأما زمن الصيام فيها فعلى ضربين:

أحدهما: زمن فضيلة.

وثانيهما: زمن جواز. وذلك في الثلاثة والسبعة.

أما زمن الفضيلة في الثلاثة فبعد إحرامه بالحج بحيث يكون آخرها يوم عرفة لأنه يكون آتيا بها في الحج.

وأما زمن الجواز فبعد إحرامه بالعمرة وقبل يوم عرفة لأنه أحد إحرامي التمتع فجاز الصوم بعده كإحرام الحج.

ولأن الإحرام بالعمرة سبب الوجوب فجاز الصوم بعده وإن تخلف الوجوب كتقديم الزكاة بعد النصاب وقبل الحول، وكتقديم الكفارة بعد اليمين وقبل الحنث.

فإن قيل: فقد قال الله تعالى: ﴿فصيام ثلاثة أيام في الحج﴾ [البقرة:١٩٦].

قيل: قد قال بعض أهل العلم معناه في أشهر الحج.

وأما زمن الفضيلة في السبعة فإذا رجع إلى أهله ؛ لقوله :﴿إذا رجعتم﴾ [البقرة:١٩٦].

وعن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبيﷺ قال : «فمن لم يجد فليصم ثلاثة أيام في الحج وسبعة إذا رجع إلى أهله»[1] متفق عليه .

ولما فيه من الخروج من الخلاف .

وأما زمن الجواز فظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله إذا رجع من الحج إلى مكة لأن كل صوم واجب جاز فعله في وطن فاعله جاز في غير وطنه كسائر الفروض .

ولأنه قيل في الآية أن المراد بقوله :﴿إذا رجعتم﴾ [البقرة:١٩٦] أي من الحج .

ولأن تأخير السبعة إنما كان رخصة فإذا قدم الصوم جاز كالمريض والمسافر إذا صاما رمضان .

قال : (فإن لم يصم قبل يوم النحر صام أيام منى . وعنه : لا يصومها ، ويصوم بعد ذلك عشرة أيام وعليه دم . وعنه : إن ترك الصوم لعذر لم يلزمه إلا قضاؤه ، وإن أخر الهدي[2] لغير عذر فعليه مع فعله دم .

وقال أبو الخطاب : إن أخر الهدي والصوم لعذر لم يلزمه قضاؤه ، وإن أخر الهدي لغير عذر فهل يلزمه دم آخر ؟ على روايتين .

قال : وعندي أنه لا يلزمه مع الصوم دم بحال) .

أما جواز صوم أيام منى لمن أخر صوم الثلاثة إلى ذلك ففيه روايتان :

أحدهما : يجوز لما روي عن ابن عمر وعائشة رضي الله عنهم قالا : «لم يرخص في أيام التشريق أن يصمن إلا لمن لم يجد الهدي»[3] رواه البخاري .

وإطلاق الصحابي هذا اللفظ ينصرف إلى النبيﷺ .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (١٦٠٦) ٢: ٦٠٧ كتاب الحج ، باب من ساق البدن معه .
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٢٢٧) ٢: ٩٠١ كتاب الحج ، باب وجوب الدم على المتمتع...

(٢) في المقنع: وإن تركه .

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (١٨٩٤) ٢: ٧٠٣ كتاب الصوم ، باب صيام أيام التشريق .

والرواية الثانية : لا يجوز ؛ ((لأن النبي ﷺ نهى عن صوم ستة أيام ذكر منها أيام التشريق))[1] .

ولأنها لا يجوز صومها نفلاً فلا يجوز فرضاً كالعيد .

والأولى أصح لأن دليلها خاص فيقدم على العام .

ولأن الله تعالى أمر بصيام الثلاثة في الحج ولم يبق من أيام الحج إلا هذه الأيام فيتعين الصوم فيها بأمر الله تعالى .

فعلى الرواية الأولى : لا شيء عليه لأنه لم يؤخر الصوم الواجب عن محله .

وعلى الثانية : ينظر فيه فإن كان التأخير لغير عذر وجب عليه مع فعله دم لأنه أخره عن وقته أشبه ما لو أخر رمي الجمار عن أيام التشريق ، وإن أخّره لعذر ففيه روايتان :

أحدهما : يلزمه دم أيضاً لما ذكر .

والثانية : لا يلزمه لمكان العذر .

وقال أبو الخطاب رحمه الله : لا يلزمه دم بحال سواء أخّره لعذر أو لغيره لأنه صوم واجب يجب بفواته القضاء .

وذكر المصنف رحمه الله في المغني قول أبي الخطاب رواية عن الإمام أحمد ثم قال فيها : وهو اختيار أبي الخطاب .

وأما إن أخّر الهدي وكان التأخير لعذر لم يلزمه شيء زائد على فعله لأنه تأخير لعذر فلم يلزمه غير فعله كسائر الهدايا الواجبة ، وإن كان التأخير لغير عذر ففيه روايتان :

أحدهما : لا يلزمه شيء زائد كسائر الهدايا الواجبة .

(١) عن عقبة بن عامر قال قال رسول الله ﷺ: ((يوم عرفة ويوم النحر وأيام التشريق عيدنا أهل الإسلام وهي أيام أكل وشرب)) .
أخرجه أبو داود في سننه (٢٤١٩) ٢: ٣٢٠ كتاب الصوم ، باب صيام أيام التشريق .
وأخرجه الترمذي في جامعه (٧٧٣) ٣: ١٤٣ كتاب الصوم ، باب ما جاء في كراهية الصوم في أيام التشريق .
وأخرجه النسائي في سننه (٣٠٠٤) ٥: ٢٥٢ كتاب مناسك الحج، النهي عن صوم يوم عرفة .
وأخرج أحمد في مسنده عن يونس بن شداد ((أن رسول الله ﷺ نهى عن صوم أيام التشريق)) . (١٦٧٢٦) ٤: ٧٧.

والثانية : عليه دم آخر لأن الدم في المتعة نسك مؤقت فيلزم الدم بتأخيره عن وقته كرمي الجمار .

قال : (ولا يجب التتابع في الصيام ، ومتى وجب عليه الصوم فشرع فيه ثم قدر على الهدي لم يلزمه الانتقال إليه إلا أن يشاء ، وإن وجب ولم يشرع فيه فهل يلزمه الانتقال ؟ على روايتين) .

أما عدم وجوب التتابع في الصوم المتقدم ذكره فلأن الأمر ورد به مطلقاً وذلك لا يقتضي الجمع ولا التتابع .

ولأنه صوم واجب فلم يجب التتابع فيه كالقضاء .

وأما عدم لزوم الانتقال إلى الهدي إذا شرع في الصوم ثم قدر عليه فلأنه صوم دخل فيه لعدم الهدي ، فإذا وجد الهدي لم يلزمه الخروج إليه كما لو وجد الرقبة بعد الشروع في صوم الكفارة .

وأما إذا وجب و لم يشرع فيه ففيه روايتان :

أحدهما : لا يلزمه الانتقال إليه أيضاً لأن الصيام استقر في ذمته لوجوبه حال وجود السبب المتصل بشرطه وهو عدم الهدي .

والثانية : يلزمه لأنه وجد المبدل قبل الشروع في البدل أشبه ما لو وجده حالة الوجوب .

قال : (النوع الثاني : المحصر يلزمه الهدي ، فإن لم يجده[1] صام عشرة أيام ثم حل) .

أما كون فدية الإحصار على الترتيب فقياس على فدية التمتع .

وأما هيئتها فدمٌ ثم صيام عشرة أيام ، أما الدم فلقوله تعالى :﴿فإن أحصرتم فما استيسر من الهدي﴾ [البقرة:١٩٦].

وأما الانتقال إلى صيام عشرة أيام إذا لم يجد الهدي فلأنه دم واجب فكان له بدل ينتقل إليه كدم التمتع .

---

(١) في المقنع: يجد .

وأما قول المصنف رحمه الله : "ثم حل" فإشارة إلى أنه لا يجوز له التحلل إلا إذا فعل الواجب عليه من دم أو صيام . وسيذكر في بابه .

قال : (النوع الثالث : فدية الوطء يجب به بدنة ، فإن لم يجدها صام عشرة أيام ثلاثة في الحج وسبعة إذا رجع كدم المتعة لقضاء الصحابة به .

وقال القاضي : إن لم يجد البدنة أخرج بقرة فإن لم يجد فسبعاً من الغنم ، فإن لم يجد أخرج بقيمتها طعاماً ، فإن لم يجد صام عن كل مد يوما . وظاهر كلام الخرقي أنه مخير في هذه الخمسة فبأيّها كفّر أجزأه) .

أما وجوب البدنة بالوطء فلأن ابن عباس رضي الله عنهما قال للواطئ : « اهد ناقة ولتهد ناقة »[1] .

وأما الانتقال إلى صيام ثلاثة أيام في الحج وسبعة إذا رجع على المذهب إذا لم يجد الهدي فـ « لأن العبادلة أفتوا بذلك لمن لم يجد الهدي » رواه الأثرم .

وأما الانتقال إلى البقرة على قول فلأنها أقرب شبهاً بها .

وأما وجوب سَبْع من الغنم إذا لم يجد البقرة فلأن ذلك يجزئ عن سبعة أشبه البدنة .

وأما إخراجه بالقيمة طعاماً . ومعناه : أنه يشتري بها ذلك ويتصدق ، وصومه عن كل مد يوماً إذا لم يجد الإطعام فلأنها بدنة وجبت عليه لم يمكن أداء الواجب فوجب أن ينتقل إلى التقويم والشراء والتصدق ثم إلى الصوم المذكور كالبدنة الواجبة في فدية النعامة .

وأما الخيرة على ظاهر كلام الخرقي بين إخراج البدنة والبقرة وسَبْع من الغنم والإطعام والصوم فلأن بعضها قريب من بعض ، ولذلك قال ابن عباس رضي الله عنهما لما سئل عن البقرة : « وهل هي إلا من البدن »[2] .

---

(١) سبق تخريجه ص: ١٢١.

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه (١٣١٨) ٢: ٩٥٥ كتاب الحج ، باب الاشتراك في الهدي ... عن جابر رضي الله عنه قال: « كنا ننحر البدنة عن سبعة فقيل له: والبقرة فقال: وهل هي إلا من البدن » . و لم أره عن ابن عباس.

وقال صاحب النهاية فيها : منشأ الخلاف -يعني بين القاضي والخرقي- أن الوطء هل هو من قبيل الاستمتاعات أم من قبيل الاستهلاكات ؟

فعلى هذا إن قيل أنه من قبيل الاستمتاع وجب أن يكون كفارته على التخيير لأن اللبس والطيب استمتاع ، وهما على التخيير على الصحيح .

وإن قيل : أنه من قبيل الاستهلاكات وجب أن يكون على الترتيب على الصحيح .

فإن قيل : هي على الترتيب لم يجز أن يخرج واحد مما ذكر مع وجود الذي قبله .

وإن قيل : هي على التخيير فله التكفير بما شاء من الخمسة ؛ لأن هذا شأن الواجب المخيرة .

إذا تم شرح كلام المصنف رحمه الله فاعلم أن الانتقال من البدنة إلى الصيام لم أجد به قولاً لأحمد ولا لأحد من الأصحاب وكأنه والله أعلم قد اختاره لما فيه من موافقة العبادلة إلا أن فيه نظراً نقلاً وأثراً .

أما النقل فهو أن المصنف رحمه الله قال في المغني في مسألة : وإن وطئ المحرم في الفرج فأنزل أو لم ينزل فسد حجهما وعليه بدنة ويجب على المجامع بدنة . روي ذلك عن ابن عباس ، فإن لم يجد فشاة . وأيضاً فإنه هنا شبّه فدية الوطء بفدية المتعة ، والشبه إنما يكون في ذات الواجب أو في نفس الانتقال . ويرد على الأول أنه لا يجب فيها بدنة بل شاة وعلى الثاني أنه لا يجوز الانتقال في المتعة مع القدرة على الشاة .

وأما الأثر فإن المروي عن العبادلة أن من أفسد حجه أفتوه إذا لم يجد الهدي انتقل إلى صيام عشرة أيام ولا يلزم في حق من لم يجد بدنة أن يقال عنه لم يجد الهدي لأنه قد لا يجد بدنة ويجد بقرة أو شاة .

قال : (ويجب بالوطء في الفرج بدنة إن كان في الحج وشاة إن كان في العمرة . ويجب على المرأة مثل ذلك إن كانت مطاوعة ، وإن كانت مكرهة فلا فدية عليها . وقيل : يلزمها كفارة يتحملها الزوج عنها) .

أما وجوب البدنة بالوطء في الحج ؛ فلأن ذلك يروى عن ابن عباس[1] .

(١) سبق تخريجه ص: ١٢٣.

وأما وجوب شاة بالوطء في العمرة فلأن العمرة أحد النسكين فوجب أن يجب بالوطء فيه شيء كالآخر وإنما لم تجب البدنة لأن حكم العمرة أخف .

وأما وجوب مثل ذلك على المرأة إذا كانت مطاوعة فلأن الأصل مساواة الرجل المرأة ما لم يقم دليل على التخصيص .

ولأنه جاء في حديث ابن عباس : «اهد ناقة ولتهد ناقة»[1] .

وأما عدم وجوب الفدية عليها إذا كانت مكرهة على المذهب فلقوله ﷺ : «عفي لأمتي عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»[2] .

وأما لزوم ذلك للمرأة على قولٍ فلحصول الوطء .

وأما كون الزوج يتحملها فلأنه سبب لأن لزمها ذلك فوجب أن يتحملها عنها .

---

(١) سبق تخريجه ص: ١٢١.

(٢) أخرجه ابن ماجة في سننه (٢٠٤٣) ١: ٦٥٩ كتاب الطلاق ، باب طلاق المكره والناسي . من حديث أبي ذر رضي الله عنه . بلفظ: «إن الله تجاوز عن أمتي ...» . وفي (٢٠٤٥) عن ابن عباس بلفظ: «إن الله وضع عن أمتي ...» .

فصل (في الدماء الواجبة للفوات)

قال المصنف رحمه الله : (الضرب الثالث : الدماء الواجبة للفوات أو لترك واجب أو للمباشرة في غير الفرج ، فما وجب منه بدنة فحكمها حكم البدنة الواجبة بالوطء في الفرج ، وما عداه فقال القاضي : ما وجب لترك واجب ملحق بدم المتعة ، وما وجب للمباشرة ملحق بفدية الأذى) .

أما كون حكم البدنة الواجبة بشيء مما ذكر حكم البدنة الواجبة في الوطء فلأنها بدنة وجبت بسببٍ في إحرامه أشبهت البدنة الواجبة في الوطء .

ومعنى قوله : حكمها حكم البدنة الواجبة في الوطء أنه يجب عليه بدنة فإن لم يجد انتقل إلى صيام ثلاثة أيام في الحج وسبعة إذا رجع على المذهب ، وعلى قول القاضي إن لم يجد البدنة ذبح بقرة ، فإن لم يجد فسَبْعاً من الغنم ، فإن لم يجد أخرج بقيمة البدنة طعاماً ، فإن لم يجد صام عن كل مد يوماً .

وعلى ظاهر قول الخرقي أنه مخير في هذه الخمسة كما خير فيها إذا كان سبب ذلك الوطء .

وأما كون حكم ما وجب لترك واجب كترك الإحرام من الميقات ، والوقوف بعرفة إلى غروب الشمس ، والمبيت بمزدلفة ، والرمي ، والمبيت بمنى لياليها ، وطواف الوداع حكم دم المتعة فلأن دم المتعة وجب لترفهه بأحد السفرين فيقاس عليه كل دم واجب .

وأما كون حكم ما وجب للمباشرة كالقبلة واللمس والوطء في العمرة والوطء في الحج بعد الجمرة حكم فدية الأذى كالحلق وتقليم الأظافر فلأنه في معناه فيقاس عليه .

قال : (ومتى أنزل بالمباشرة دون الفرج فعليه بدنة ، وإن لم ينزل فعليه شاة . وعنه : بدنة) .

أما وجوب البدنة بالإنزال عن المباشرة دون الفرج فلأنه جماع اقترن به الإنزال فأوجب بدنة كما لو كان في الفرج .

وأما إذا لم ينزل ففيه روايتان :

أحدهما : عليه شاة لأنه هتك إحرامه بذلك الفعل فوجب عليه شاة كما لو تطيب .

والثانية : عليه بدنة لأنه استمتاع فأوجب بدنة كما لو أنزل .

قال : (وإن كرر النظر فأنزل أو استمنى فعليه دم ، هل هو بدنة أو شاة ؟ على روايتين . وإن مذى بذلك فعليه شاة ، وإن فكر فأنزل فلا فدية عليه) .

أما وجوب الدم على من كرر نظره فأنزل أو استمنى فلأنه هتك إحرامه بذلك أشبه ما لو أنزل بالمباشرة .

وأما ما هو فيه ؟ روايتان :

أحدهما : أنه بدنة ؛ لأنه يروى ذلك عن ابن عباس رضي الله عنهما[1] .

والثانية : أنه شاة ؛ لأنه إنزال بفعل محظور فوجبت به شاة كالإنزال باللمس .

ولأنه يروى عن ابن عباس أيضاً[2] .

وأما وجوب الشاة على من مذى بما تقدم ذكره فلأن للمذي جزء من المني أشبه ما لو أمنى .

فإن قيل : هل يشمل ذلك المباشرة ؟

قيل : لا ؛ لأن المباشرة بدون إنزال مني أو مذي موجبة لبدنة أو شاة على ما ذكر من الاختلاف فلا حاجة إلى ذكر المذي في إيجاب الشاة لأنها أقل ما تجب بدونه .

---

(١) سبق تخريجه ص: ١٢٣.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (١٣٠٩٢) ٣: ١٦١ كتاب الحج، كم عليهما: هدياً واحداً أو اثنين؟.

وأما عدم وجوب الفدية على من فكر فأنزل فلأن الفكرة تعـرض للمـرء مـن غـير إرادة ولا اختيار فلا يتعلق بها حكم كما لو فكر فأنزل وهو صائم .

فصل (فيمن كرر محظورا)

قال المصنف رحمه الله: (ومن كرر محظوراً من جنس مثل: إن حلق ثم حلق، أو وطئ ثم وطئ قبل التكفير عن الأول فكفارة واحدة، وإن كفر عن الأول لزمته للثاني كفارة).

أما عدم لزوم التكفير بالثاني إذا لم يكفر عن الأول فلأنهما كفارتان فتداخلتا كالمهر والحد.

وأما لزوم كفارة ثانية إذا كفر عن الأول فلأنه حلقٌ أو وطءٌ صادف إحراماً فوجبت به كفارة ثانية كالأول.

قال رحمه الله: (وإن قتل صيداً بعد صيد فعليه جزاؤهما. وعنه: عليه جزاء واحد).

أما تعدد الجزاء بتعدد قتل الصيد على الرواية الأولى فلأن جزاء الصيد كفارة عن قتل فاستوى فيها المبتدئ والعائد كقتل الآدمي.

وأما وجوب جزاء واحد وإن تعدد القتل على الرواية الثانية فلأن الله سبحانه قال: ﴿ومن عاد فينتقم الله منه﴾ [المائدة:٩٥] ولم يوجب جزاء ثانياً.

ولأن جزاء الصيد كفارة فتتداخل كالحلق.

والرواية الأولى أصح لما تقدم. وذكر العقوبة في الثاني لا يمنع الوجوب كما قال تعالى: ﴿فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف وأمره إلى الله ومن عاد فأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون﴾ [البقرة:٢٧٥] وقد ثبت أن العائد لو انتهى كان له ما سلف وأمره إلى الله. ولا يصح قياس جزاء الصيد على غيره لأن جزاءه مقدر به ويختلف بصغره وكبره. ولو أتلف صيدين معاً وجب جزاؤهما معاً بخلاف غيره من المحظورات.

قال : (وإن فعل محظوراً من أجناس فعليه لكل واحد فداء . وعنه : عليه فدية واحدة) .

أما تعدد الفداء بتعدد جنس المحظورات كمن حلق وقلّم ولبس فلأن الصادر منه فعل محظورات من أجناس فلم تتداخل كالحدود المختلفة .

وأما وجوب فدية واحدة على الرواية الثانية فلأن ذلك فعل محظور فلم يتعدد كالجنس الواحد .

قال : (وإن حلق أو قلم أو وطئ أو قتل صيداً عامداً أو مخطئاً فعليه الكفارة . وعنه : في الصيد لا كفارة إلا في العمد ، ويخرج في الحلق مثله . وإن لبس أو تطيب أو غطى رأسه ناسياً فلا كفارة فيه ، وعنه : عليه الكفارة) .

أما عدم الفرق بين العمد والخطأ في وجوب الكفارة على الصحيح من المذهب فيما إذا حلق أو قلم أو قتل فلأن الحلق والتقليم والقتل إتلاف فاستوى عمده وسهوه كإتلاف مال الآدمي .

وأما عدم الفرق بينهما إذا وطئ فلأنه معنى يتعلق به قضاء فاستوى عمده وسهوه كالفوات .

وأما عدم وجوب الكفارة فيما إذا قتل صيداً مخطئاً على روايةٍ فلأن الله سبحانه وتعالى قال : ﴿ومن قتله منكم متعمداً﴾ [المائدة:٩٥] شرط التعمد فدل على أنه لا جزاء في الخطأ .

وأما تخريج مثل ذلك في الحلق فلأنه محرم بسبب في إحرامه أشبه الصيد .

ولم يذكر المصنف رحمه الله التخريج في التقليم والوطء وهما مثله لأن التقليم تبع له والوطء في معناه .

وأما وجوب الكفارة على من لبس أو تطيب أو غطى رأسه ناسياً ففيه روايتان :

أحدهما : لا تجب لما روى يعلى بن أمية رضي الله عنه «أن رجلاً أتى النبي ﷺ وعليه جبة وعليه أثر خلوق . فقال : يا رسول الله! كيف تأمرني أن أصنع في عمرتي ؟

فقال : اخلع عنك هذه الجبة واغسل عنك أثر الخلوق »[1] . أمره بالخلع والغسل و لم يأمره بفدية لجهله فيجب أن يكون الناسي كذلك لأنه في معناه .

والثانية : تجب عليه ؛ لأنه فعلٌ حرمه الإحرام فاستوى عمده وسهوه كالحلق .

والأول المذهب للحديث المتقدم ذكره . والفرق بين الحلق والتقليم والوطء والقتل وبين اللبس والطيب والتغطية أن الحالق والمقلم والواطئ والقاتل لا يمكنه تلافي ما فعل بخلاف اللابس والمتطيب والمغطي فإنه يمكنه ذلك بخلعه وإزالة الطيب .

قال : (ومن رفض إحرامه ثم فعل محظوراً فعليه فداؤه) .

أما وجوب الفداء على من فعل محظوراً بعد رفضه إحرامه فلأنه فعل محظوراً في إحرامه ؛ لأن الإحرام لا يفسد بالرفض ؛ لأن الحج عبادة لا يخرج منها بالفساد فلا يخرج منها بالرفض بخلاف سائر العبادات .

وأما المعنيّ برفض الإحرام فقطع بقية النسك .

قال : (ومن تطيب قبل إحرامه في بدنه فله استدامة ذلك في إحرامه ، وليس له لبس ثوب مطيب ، وإن أحرم وعليه قميص خلعه ولم يشقه ، فإن استدام لبسه فعليه الفدية) .

أما إباحة استدامة الطيب في الإحرام إذا تطيب في بدنه قبل إحرامه فلما تقدم من قول عائشة رضي الله عنها : « كنت أطيب رسول الله ﷺ لإحرامه قبل أن يحرم ولحله قبل أن يحل »[2] . و « كأني أنظر إلى وبيص المسك في مفارق رسول الله ﷺ »[3] .

وفي قول المصنف رضي الله عنه : ومن تطيب قبل إحرامه في بدنه إشعار بأنه لو تطيب قبل إحرامه في ثوبه لا يباح له ذلك وسيذكر حكمه بعدُ إن شاء الله تعالى .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٧٠٠) ٤: ١٩٠٦ كتاب فضائل القرآن ، باب نزل القرآن بلسان قريش والعرب .

وأخرجه مسلم في صحيحه (١١٨٠) ٢: ٨٣٧ كتاب الحج ، باب ما يباح بحج أو عمرة...

(٢) سبق تخريجه ص: ٨٥.

(٣) سبق تخريجه ص: ٨٥.

وأما كون المحرم ليس له لبس ثوب مطيب فلأن النبيﷺ قال : «لا تلبسوا من الثياب شيئاً مسه الزعفران ولا الورس»[1] متفق عليه .

وأما خلعه القميص من غير شق إذا أحرم وعليه ذلك فلما روى يعلى بن أمية «أن رجلاً أتى النبي ﷺ فقال : يا رسول الله! كيف ترى في رجل أحرم بعمرة في جبة بعد ما تَضَمَّخ بطيب ؟ فنظر إليه رسول الله ﷺ ساعةً ثم سكت فجاءه الوحي فقال له النبي ﷺ : أما الطيب الذي بك فاغسله وأما الجبة التي عليك فانزعها ... مختصر»[2] رواه مسلم .

ولأن في شق الثوب إضاعة ماليته و «قد نهى النبيﷺ عن إضاعة المال»[3] .

وأما وجوب الفدية على من استدام لبس ذلك فلأن استدامة اللبس تسمى لبساً بدليل قولهم : لبست شهراً . ولذلك أمر النبيﷺ صاحب الجبة المُضَمّخَة بالطيب بنزعها . وبوجوب الفدية يظهر أنه يحرم على من أحرم في ثوب مطيب استدامة ذلك لأن الفدية لا تجب في فعل مباح .

قال : (وإن لبس ثوباً كان مطيباً وانقطع ريح الطيب منه وكان بحيث إذا رش فيه ماء فاح ريحه فعليه الفدية) .

أما وجوب الفدية على من لبس ثوباً شأنه ما ذكره المصنف رحمه الله ؛ فلأنه لبس ثوباً مطيباً فوجب عليه الفدية كالذي يظهر ريحه من غير رش .

وأما عدم وجوبها إذا انقطع ريح الطيب بحيث إذا رش فيه ماء لا يفوح له رائحة ؛ فلأنه يَصدق عليه أنه غير مطيب الآن . فوجب أن لا يلزمه فدية كالذي ما تطيب بالأصالة .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (١٤٦٨) ٢: ٥٥٩ كتاب الحج ، باب ما لا يلبس المحرم من الثياب .
وأخرجه مسلم في صحيحه (١١٧٧) ٢: ٨٣٥ كتاب الحج ، باب ما يباح للمحرم بحج أو عمرة وما لا يباح...

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه (١١٨٠) ٢: ٨٣٧ كتاب الحج ، باب ما يباح للمحرم بحج أو عمرة وما لا يباح...

(٣) سبق تخريجه ص: ١٠٤.

فصل (في موضع إخراج الفدية)

قال المصنف رحمه الله: (وكل هدي أو إطعام فهو لمساكين الحرم[1] إلا فدية الأذى واللبس والطيب ونحوها إذا وجد سببها في الحل فيفرقها حيث وجد سببها. ودم الإحصار يخرجه حيث أحصر، وأما الصيام فيجزئه بكل مكان).

أما كون الهدي والإطعام غير ما استثني لمساكين الحرم فلقوله سبحانه: ﴿هدياً بالغ الكعبة﴾ [المائدة:٩٥]، وقوله: ﴿ثم محلها إلى البيت العتيق﴾ [الحج:٣٣].

والمراد بمساكين الحرم أهله ومن كان وارداً إليه كالحاج: فأما أهله فلا إشكال فيهم، وأما الوارد فلأنه قد حل فيه أشبه أهله. ويشترط فيه أن يكون المدفوع إليه ممن يجوز دفع الزكاة إليه؛ لأن ذلك حق واجب فلم يجز دفعه إلى غير من يجوز دفع الزكاة إليه كالزكاة.

وأما كون فدية الأذى واللبس ونحوها كالتقليم والطيب تخرج حيث وجد سببها حلاً كان أو حرماً فلأن النبي ﷺ أمر كعب بن عجرة بالفدية في الحديبية[2] ولم يأمره ببعثها إلى الحرم.

و «لأن الحسين بن علي رضي الله عنهما حلق رأسه على الوجع ونحر عنه جزوراً بالسُّقْيا»[3] رواه الأثرم.

ولم يعرف لهم مخالف فكان كالإجماع.

---

(١) في المقنع: لمساكين الحرم إذا قدر على إيصاله إليهم.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (١٧٢٠) ٢: ٦٤٤ أبواب الإحصار وجزاء الصيد، باب قول الله تعالى: ﴿أو صدقة﴾ وهي إطعام ستة مساكين.

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٢٠١) ٢: ٨٥٩ كتاب الحج، باب جواز حلق الرأس للمحرم إذا كان به أذى...

(٣) أخرجه مالك في الموطأ (١٦٥) ١: ٣١١ كتاب الحج، باب جامع الهدي.

وأما كون دم الإحصار حيث أحصر فـ «لأن النبيﷺ وأصحابه لما أحصروا بالحديبية ذبحوا بها البدنة عن سبعة والبقرة عن سبعة»[1] .

ولأنه موضع تحلله فكان موضع ذبحه كالحرم .

وأما إجزاء الصيام بكل مكان فلأن الصيام لا يتعدى نفعه إلى أحد فلا معنى لتخصيصه بمكان ، وقد روي عن ابن عباس رضي الله عنهما : «الدم والطعام بمكة والصوم حيث شاء»[2] .

قال : (وكل دم ذكرناه يجزئ فيه شاة أو سُبع بدنة ، ومن وجبت عليه بدنة أجزأته بقرة) .

أما إجزاء الشاة فلأنه إذا أجزأ سبع البدنة وهو بعض دم فلأن تجزئ الشاة وهي دم كامل بطريق الأولى .

وأما إجزاء سبع البدنة فلأن جابراً رضي الله عنه قال : «كنا ننحر البدنة عن سبعة»[3] .

وأما إجزاء البقرة عمن وجبت عليه بدنة فلأن تكملة حديث جابر رضي الله عنه : «أنه قيل له : والبقرة فقال : وهل البقرة إلا من البدن»[4] .

ولأنها تقوم مقامها في الإجزاء عن سبعة في الأضحية فكذلك هاهنا .

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٣١٨) ٢: ٩٥٥ كتاب الحج ، باب الاشتراك في الهدي ، وإجزاء البقرة والبدنة كل منهما عن سبعة . عن جابر رضي الله عنه.

(٢) لم أقف عليه هكذا . وقد أخرج ابن أبي شيبة في مصنفه عن طاووس قال: «ما كان من دم فبمكة أو صدقة أو جزاء صيد والصوم حيث شئت» (١٣٢٨٧) ٣: ١٧٩ كتاب الحج، في المحرم تجب عليه الكفارة أين تكون؟.

(٣) سبق تخريجه قريباً.

(٤) سبق تخريج حديث جابر قريباً.

باب جزاء الصيد

جزاء الصيد واجب لقوله سبحانه وتعالى :﴿ومن قتله منكم متعمداً فجزاءٌ مثلُ ما قتل من النعم﴾ [المائدة:٩٥].

قال المصنف رحمه الله : (وهو ضربان :

أحدهما : له مِثْل من النَّعم فيجب فيه مثله . وهو نوعان :

أحدهما : قضت فيه الصحابة ففيه ما قضت).

أما كون جزاء الصيد ضربين فلأن منه ما هو مثلي ومن ما لا مثل له .

أما وجوب المثل فيما له مثل ؛ فلقوله تعالى :﴿فجزاءٌ مثلُ ما قتل من النعم﴾ [المائدة:٩٥].

وأما تنويع ما لَه مِثْل نوعين فلأنه منه ما قضت الصحابة فيه بالمثل ومنه ما لم تقض فيه بذلك .

وأما وجوب ما قضت به الصحابة فيما قضت به فلأنهم أعرف بمواقع الخطاب وأقرب إلى الصواب .

وقال النبي ﷺ : «أصحابي كالنجوم بأيهم اقتديتم اهتديتم»(١) .

وقال : «اقتدوا باللّذَيْن من بعدي أبي بكر وعمر»(٢) .

---

(١) أخرجه الذهبي في ميزان الاعتدال ١: ٤١٣ .

(٢) أخرجه الترمذي في جامعه (٣٦٦٢) ٥: ٦٠٩ كتاب المناقب، باب في مناقب أبي بكر وعمر رضي الله عنهما.

وأخرجه ابن ماجة في سننه (٩٧) ١: ٣٧ المقدمة، باب في فضائل أصحاب رسول الله ﷺ.

وأخرجه أحمد في مسنده (٢٣٢٩٣) ٥: ٣٨٢ . كلهم عن حذيفة رضي الله عنه . وقال الترمذي: هذا حديث حسن .

قال: (ففي النعامة بدنة، وفي حمار الوحش وبقرته والأيل والثيتل والوعل بقرة، وفي الضبع كبش، وفي الغزال والثعلب عنز، وفي الوبر والضب جدي، وفي اليربوع جفرة لها أربعة أشهر، وفي الأرنب عناق، وفي الحمام وهو كلما عب وهدر شاة. وقال الكسائي: كل مطوق حمام).

أما وجوب البدنة في النعامة فـ «لأن عثمان وعلياً وزيداً وابن عباس ومعاوية رضي الله عنهم قضوا فيها ببدنة»[1].

وأما وجوب البقرة في حمار الوحش فـ «لأن عمر رضي الله عنه قضى فيه ببقرة»[2].

ولأنه شبيهٌ بها.

وأما وجوبها في بقرة الوحش فـ «لأن ابن مسعود رضي الله عنه قضى فيها ببقرة»[3].

وأما وجوبها في الإبل فـ «لأن ابن عباس رضي الله عنهما قال: فيه بقرة»[4].

وأما وجوبها في الثيتل والوعل فبالقياس على الأيل.

وأما وجوب الكبش في الضبع فـ «لأن عمر وابن عباس رضي الله عنهم قضيا فيه بذلك»[5].

وقد روي عن النبي ﷺ أنه قضى بذلك[1] رواه أبو داود.

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (١٤٤١٧) ٣: ٢٨٩ كتاب الحج، في النعامة يصيبها المحرم.
وأخرجه عبدالرزاق في مصنفه (٨٢٠٣) ٤: ٣٩٨ كتاب المناسك، باب النعامة يقتلها المحرم.
وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٥: ١٨٢ كتاب الحج، باب فدية النعام وبقر الوحش وحمار الوحش.

(٢) أخرجه البيهقي في الموضع السابق عن عبدالله بن مسعود و لم أره عن عمر.

(٣) أخرجه عبدالرزاق في مصنفه (٨٢٠٩) ٤: ٤٠٠ كتاب المناسك، باب حمار الوحش والبقرة والأروي.

(٤) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٥: ١٨٢ كتاب الحج، باب فدية النعام وبقر الوحش وحمار الوحش.

(٥) أخرجه مالك في الموطأ (٢٣٠) ١: ٣٣١ كتاب الحج، باب فدية ما أصيب من الطير والوحش، عن عمر.
وأخرجه عبدالرزاق في مصنفه (٨٢٢٤) عن عمر، و (٨٢٢٥) عن ابن عباس ٤: ٤٠٣ كتاب المناسك، باب الضب والضبع.
وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٥: ١٨٤ كتاب الحج، باب فدية الضبع، عن ابن عباس.

وأما وجوب العنز في الغزال فـ «لأن ابن عباس رضي الله عنهما قضى فيه بعنز»[٢] .

ولأن فيه شبهاً به لأن العنز أجرد الشعر متقلص الذنب وذلك صفة الغزال .

وأما وجوبها في الثعلب فلأنه كالغزال .

وعن الإمام أحمد رحمه الله : فيه شاة لأنه أعظم من الغزال .

وعنه لا جزاء فيما لا يؤكل فيُخَرّج منه أنه لا جزاء فيه لأنه لا يؤكل على المشهور في المذهب .

وأما وجوب الجدي في الوبر[٣] .

وأما وجوبه في الضب فـ «لأن عمر رضي الله عنه قضى في الضب بجدي»[٤] رواه الشافعي .

وأما وجوب الجفرة في اليربوع فـ «لأن عمر وابن مسعود قضيا فيه بذلك»[٥] .

وأما قول المصنف رحمه الله : لها أربعة أشهر فبيان لمقدار عمر الجفرة .

وأما وجوب العناق في الأرنب فـ «لأن عمر رضي الله عنه قضى فيه بذلك»[٦] .

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٨٠١) ٣: ٣٥٥ كتاب الأطعمة ، باب في أكل الضبع .
وأخرجه الترمذي في جامعه (٨٥١) ٣: ٢٠٧ كتاب الحج، باب ما جاء في الضبع يصيبها المحرم . عن ابن أبي عمار قال: «قلت لجابر: الضبع أصيد هي؟ قال: نعم. قال: قلت: آكُلُها؟ قال: نعم. قال: قلت: أقاله رسول الله ﷺ؟ قال: نعم» .
قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح .

(٢) أخرجه مالك في الموطأ (٢٣٠) ١: ٣٣١ كتاب الحج ، باب فدية ما أصيب من الطير والوحش .
وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٥: ١٨٤ كتاب الحج، باب فدية الغزال . كلاهما عن عمر.

(٣) بياض في ج مقدار نصف سطر .

(٤) أخرجه الشافعي في مسنده (٨٦٠) ١: ٣٣٢ كتاب الحج ، باب فيما يباح للمحرم وما يحرم...

(٥) أخرجه مالك في الموطأ (٢٣٠) ١: ٣٣١ كتاب الحج ، باب فدية ما أصيب من الطير والوحش ، عن عمر .
وأخرجه الشافعي في مسنده (٨٥٦) ١: ٣٣٣٠ عن عمر ، وَ (٨٥٨) ١: ٣٣١ عن ابن مسعود كتاب الحج ، باب فيما يباح للمحرم وما يحرم...

(٦) أخرجه مالك في الموطأ (٢٣٠) ١: ٣٣١ كتاب الحج ، باب فدية ما أصيب من الطير والوحش .
وأخرجه الشافعي في مسنده (٨٥٦) ١: ٣٣٠ كتاب الحج ، باب فيما يباح للمحرم وما يحرم...

وأما وجوب الشاة في الحمام فـ «لأن عمر وعثمان وابن عمر وابن عباس رضي الله عنهم قضوا في حمام الحرم بشاة»[1] وحمام غير الحرم مثل حمام الحرم.

وأما المراد بالحمام فروي عن الإمام رحمه الله: كل طير عب الماء. فيدخل في هذا الفواخت والوارشين والقمري والقطاة لأن كل واحد من هذه يعب الماء. ويعضده تسمية العرب ذلك حماماً.

وروي عن الكسائي: كل مطوق حمام.

فعلى هذا يكون الحجل من الحمام لأنه مطوق.

قال: (النوع الثاني: ما لم تقض فيه الصحابة فيرجع فيه إلى قول عدلين من أهل الخبرة، ويجوز أن يكون القاتل أحدهما).

أما الرجوع فيما لم تقض الصحابة فيه إلى قول عدلين من أهل الخبرة فلقوله تعالى: ﴿يحكم به ذوا عدل منكم﴾ [المائدة:٩٥]، والمراد منهما أن يحكما فيه بأشبه الأشياء به من النَّعَم من حيث الخلقة لا من حيث القيمة؛ لأن الصحابة رضوان الله عليهم قضوا بالمثل لا بالقيمة.

ويشترط أن يكونا من أهل الخبرة لأنهما لا يتمكنان من الحكم بالمثل إلا بالخبرة.

وأما جواز كون القاتل أحدهما فلأن الله تعالى قال: ﴿ذوا عدل منكم﴾ [المائدة:٩٥] والقاتل من عُدولنا.

وروى الشافعي بإسناده عن طارق بن شهاب قال: «خرجنا حجاجاً فأوطأ رجل منا يقال [له] أربد ضباً ففرز ظهره، فقدمنا على عمر فسأله أربد. فقال له: احكم يا أربد فيه، قال: أنت خير مني يا أمير المؤمنين! وأعلم. فقال عمر: إنما أمرتك أن تحكم

---

(١) أخرجه الشافعي في مسنده (٨٦١) ١: ٣٣٢ عن عمر و عثمان، وَ (٨٦٣) ١: ٣٣٤ عن ابن عباس، كتاب الحج، باب فيما يباح للمحرم وما يحرم...
وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٥: ٢٠٦ كتاب الحج، باب ما جاء في جزاء الحمام وما في معناه، عن ابن عمر. و ٥: ٢٠٥ عن عمر وعثمان وابن عباس رضي الله عنهم.

و لم آمرك أن تزكيني . فقال أربد : أرى فيه جَدْياً . قد جمع الماء والشجر . قال عمر : ذلك فيه))[1] فأمره عمر أن يحكم فيه وهو القاتل .

و ((أمر أيضاً كعب الأحبار أن يحكم على نفسه في الجرادتين اللتين صادهما وهو محرم))[2] .

ولأنه مال يخرج في حق الله تعالى فجاز أن يكون من وجب عليه أميناً كالزكاة .

قال : (ويجب في كل واحد من الصغير والكبير والصحيح والمعيب مثله ، إلا الماخض تفدى بقيمة مثلها .

وقال أبو الخطاب : يجب فيها مثلها) .

أما وجوب الكبير في الكبير والصغير في الصغير والصحيح في الصحيح والمعيب في المعيب فلأن الله تعالى قال : ﴿فجزاء مثل ما قتل من النعم﴾ [المائدة:٩٥] ومَثَل الكبير كبير ، والصغير صغير ، والصحيح صحيح ، والمعيب معيب .

ولأن ما ضمن باليد والجناية يختلف ضمانه بالصغر والكبر والصحة والعيب دليله البهيمة .

وأما الماخض ففيها وجهان :

أحدهما : تفدى بقيمة مثلها قاله القاضي لأن قيمة المثل أكثر من قيمة لحمه .

والثاني : يجب مثلها قاله أبو الخطاب لقوله : ﴿فجزاء مثل ما قتل من النعم﴾ [المائدة:٩٥].

ولأن إيجاب القيمة عدول عن المثل مع إمكانه وذلك خلاف المنصوص .

قال : (ويجوز فداء أعور من عين بأعور من أخرى ، وفداء الذكر بالأنثى ، وفي فدائها به وجهان) .

أما جواز فداء أعور من عين بأعور من أخرى فلأن ذلك اختلاف يسير .

---

(١) أخرجه الشافعي في مسنده (٨٦٠) ١: ٣٣٢ كتاب الحج ، باب فيما يباح للمحرم وما يحرم ... وما بين المعكوفين زيادة من المسند .

(٢) أخرجه الشافعي في مسنده (٨٤٨) ١: ٣٢٦ كتاب الحج ، باب فيما يباح للمحرم وما يحرم...

وأما جواز فداء الذكر بالأنثى فلأنها أطيب لحماً منه فهي راجحة أو مساوية .

وأما فداء الأنثى بالذكر ففيه وجهان :

أحدهما : يجوز لأن لحمه أوفر ولحمها أطيب فيتساويان .

والثاني : لا يجوز قياساً على الزكاة .

فصل (في جزاء ملا مثل له)

قال المصنف رحمه الله: (الضرب الثاني: ما لا مثل له وهو سائر الطير، إلا ما كان أكبر من الحمام فهل يجب فيه قيمته أو شاة؟ على وجهين).

أما وجوب القيمة فيما لا مِثل له وليس أكبر من الحمام فلأن الأصل وجوب القيمة بدليل سائر المضمونات. تُرك ذلك فيما له مثل لقضاء الصحابة فيبقى فيما عداه على مقتضى الدليل.

وتعتبر القيمة موضع إتلافه كما لو أتلف مال آدمي.

وأما ما كان أكبر من الحمام ففيه وجهان:

أحدهما: تجب قيمته لما ذكرنا من مقتضى الدليل.

والثاني: [1] شاة على الوجه[2] فلأنها تجب في الحمام فلأن تجب فيما هو أكبر منه بطريق الأولى.

والمعنى بما هو أكبر من الحمام الحباري والكركي والحجل والإوز والكبير من طير الماء وما أشبه ذلك.

وقد روي عن ابن عباس وجابر وعطاء رضي الله عنهم: «أنهم قالوا في

(١) بياض في ج مقدار كلمة.
(٢) مثل السابق.

الحجلة والقطاة والحباري : شاة شاة . وزاد عطاء : في الكركي والكروان وابن الماء ودجاجة الحبش والحرب : شاة شاة »[1] .

قال : (ومن أتلف جزءاً من صيد فعليه ما نقص من قيمته أو قيمة مثله إن كان مثلياً ، وإن نفّر صيداً فتلف بشيء ضمنه).

أما كون الجزء من الصيد إذا أُتْلف فيه ما نقص من قيمته إن لم يكن مثلياً فلأن الكل لو أُتْلف ولم يكن مثلياً وجبت فيه قيمته فكذلك الجزء .

وأما كونه فيه ما نقص من قيمة مثله إن كان مثلياً فلأن مقتضى الدليل إيجاب جزء من المثل كإيجاب جزء من القيمة بإتلاف جزء مما ليس بمثلي تُرك العمل به لأنه يؤدي إلى التشقيص فيجب أن يعدل إلى قيمة الجزء من المثل لأنها بدله .

فإن قيل : ما مثال نقصان القيمة ونقصان قيمة المثل ؟

قيل : أما الأول فمثاله : أن يقوّم الصيد سليماً ثم يقوم مجنياً عليه فيجب ما بينهما . فلو كانت قيمته سليماً عشرة ومجنيّا عليه ثمانية فالواجب درهمان .

وأما الثاني فمثاله : أن يقوّم المثل سليماً ثم يقوّم وبه تلك الجناية فيجب مثل ما بين ذلك . فلو كانت قيمة مثله سليماً عشرة ومجنياً عليه ستة فالواجب عليه أربعة .

فإن قيل : أي فرق بين ما نقص من قيمته وبين ما نقص من قيمة مثله ؟

قيل : الفرق بينهما أن المثل قد ينقص شيئاً لا ينقص الصيد بقدره وذلك أنه لو جنى على نعامة قيمتها صحيحة عشرون ومقطوعة يدها خمسة عشر فالنقصان هنا خمسة فإذا نظرت إلى مثلها كانت بدنة قيمتها سليمة مثلاً مائة ومقطوعة يدها خمسون فالنقصان

---

(١) أخرجه عبدالرزاق في مصنفه (٨٢٨١) ٤ : ٤١٧ كتاب المناسك، باب الحمام وغيره من الطير يقتله المحرم. عن عطاء عن ابن عباس قال: « في الوحظي أو شبهه، والدبسي، والقطاة، والحباري، والقماري، والحجل، شاة شاة.

قال عبدالرزاق: أما ابن جريج فذكر عن عطاء أنه قال: في كل طير حمامة فصاعداً شاة شاة، قمري، أو دبسي والحجلة والقطاة والحباري يعني العصفور، والكروان والكركي وابن الماء، وأشباه هذا من الطير شاة... ».

وذكره البيهقي في السنن الكبرى تعليقاً ٥: ٢٠٥ كتاب الحج، باب ما جاء في جزاء الحمام وما في معناه. بنحوه.

هنا خمسون فلو اعتبر نفس الصيد كان الواجب عليه خمسة وإن اعتبر المثل كان الواجب عليه خمسين .

وأما ضمان ما نفّره فتلف بشيء فـ «لأن عمر رضي الله عنه دخل دار الندوة فعلق رداءه فوقع عليه حمام فخاف أن يبول عليه فأطاره فانتهزته حية . فقال : أنا أطرته فسأل من معه فحكم عليه عثمان ونافع بن عبدالحارث بشاة»[1] .

قال : (وإن جرحه فغاب ولم يعلم خبره فعليه ما نقصه . وكذلك إن وجده ميتاً ولم يعلم موته بجنايته . وإن اندمل غير ممتنع فعليه جزاء جميعه) .

أما وجوب ما نقصه الجرح إذا جرحه فغاب و لم يعلم خبره فلأنه نقص حصل بفعله فوجب أن يضمنه كسائر مواضع الضمان .

وفي اقتصار المصنف رحمه الله على وجوب ما نقصه الجرح إشعار بأنه لا يجب ضمان جميعه وهو صحيح لأنه لا يعلم حصول التلف بفعله فلم يضمنه كما لو رمى سهماً إلى الصيد و لم يعلم هل وقع فيه أم لا .

وأما كون ما وجده ميتاً و لم يعلم موته بجنايته كما لو جرحه فغاب و لم يعلم خبره فلما ذكر من التعليل قبل .

وأما وجوب ضمان جميعه إذا اندمل غير ممتنع فلأنه عطله فصار بمنزلة المتلَف .

قال : (وإن نتف ريشه فعاد فلا شيء عليه . وقيل : عليه قيمة الريش) .

أما عدم وجوب شيء بنتف الريش العائد على المذهب فلأن النقص زال أشبه ما لو اندمل الجرح .

وأما وجوب قيمة الريش على وجه فلأن الثاني غير الأول .

---

(١) أخرجه الشافعي في مسنده (٨٦١) ١: ٣٣٢ كتاب الحج ، باب فيما يباح للمحرم وما يحرم...
وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٥: ٢٠٥ كتاب الحج ، باب ما جاء في جزاء الحمام وما في معناه .

قال: (وكلّ ما قتل صيداً حكم عليه. وإن اشترك جماعة في قتل صيد فعليهم جزاء واحد. وعنه: على كل واحد جزاء. وعنه: إن كفروا بالمال فكفارة واحدة، وإن كفروا بالصيام فعلى كل واحد كفارة).

أما الحكم على قاتل الصيد بالجزاء كلما قتل فلما تقدم في قوله: وإن قتل صيداً بعد صيد في فصل "من كرر محظوراً"[1] لأنه قد ذكر ثَمّ فلا حاجة إلى إعادته.

وأما إذا اشترك جماعة في قتل صيد ففيه ثلاث روايات:

إحداها: يجب عليهم كلهم جزاء واحد لأن الله تعالى قال: ﴿فجزاء مثل ما قتل من النعم﴾ [المائدة:٩٥] فلو تعدد الجزاء لِتَعَدُّدِ القاتل لكان ذلك زائداً على المثل وهو خلاف النص. ويلزم من كون الجزاء في المثل واحداً كون القيمة والصوم كذلك لأنهما معطوفان عليه.

والثانية: يجب على كل واحد جزاء لأن ذلك كفارة يدخلها الصوم فوجب تعدده ككفارة قتل الآدمي.

والثالثة: إن كفروا بالمال فكفارة واحدة وإن كفروا بالصيام فعلى كل واحد كفارة لأن الصوم كفارة فوجب أن يكمل في حق الفاعل ككفارة قتل الآدمي بخلاف المال فإنه ليس بكفارة وإنما هو بدل متلف فوجب أن لا يكمل كالدية.

والأولى أصح؛ لما ذكر.

ولأنه يروى عن عمر وابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم[2].

ولأنه جزاء عن مقتول يختلف باختلافه فكان واحداً كالدية، أو كما لو كان القاتل واحداً. وفارق هذا الكفارة في قتل الآدمي لأنها تختلف باختلاف المقتول فلا تتبعض بخلاف مسألتنا.

---

(١) ص: ١٤١.

(٢) لم أقف عليه وقد أخرج ابن أبي شيبة في مصنفه عن ابن عمر ((أنه سئل عن قوم من المشاة قتلوا صيداً قال: عليهم جزاء واحد)) (١٥٢٤٢) ٣: ٣٧٣ كتاب الحج، في القوم يشتركون في الصيد وهم محرمون.

باب صيد الحرم ونباته

قال المصنف رحمه الله : (وهو حرام على الحلال والمحرم، فمن أتلف من صيده شيئاً فعليه ما على المحرم في مثله) .

أما حرمة صيد الحرم ونباته على الحلال والمحرم فلما روى ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال : «إن هذا البلد حرمه الله يوم خلق السموات والأرض . فهو حرام بحرمة الله إلى يوم القيامة : لا يختلى خلاها ، ولا يعضد شوكها ، ولا ينفر صيدها ... مختصر»[1] متفق عليه .

وأما كون المتلِف لشيء من صيده عليه ما على المحرم في مثله فلأنهما لما استويا في التحريم وجب أن يستويا في الجزاء .

فعلى هذا إن كان الصيد مثلياً ضمنه بمثله وإلا بقيمته . وقد تقدم ذلك مفصلاً في إتلاف المحرم[2].

قال : (وإن رمى الحلال من الحل صيداً في الحرم، أو أرسل كلبه عليه، أو قتل صيداً على غصن في الحرم أصله في الحل، أو أمسك طائراً في الحل فهلك فراخه في الحرم ضمن في أصح الروايتين) .

أما الضمان في جميع الصور المذكورة على الصحيح من المذهب فلأن المتلِف لذلك أتلف صيداً حرمياً فوجب أن يجب ضمانه عليه كما لو كان في الحرم .

ولأن صيد الحرم معصوم بمحله كحرمة الحرم فلا يختص تحريمه بمن في الحرم .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (١٧٣٦) ٢: ٦٥١ أبواب الإحصار وجزاء الصيد ، باب لا ينفر صيد الحرم .
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٣٥٣) ٢: ٩٨٦ كتاب الحج ، باب تحريم مكة وصيدها .

(٢) ص: ١٤٧ وما بعدها .

وأما عدم الضمان في ذلك كله على روايةٍ فلأن الأصل براءة الذمة وقد وقع التردد في وجوب الكفارة بذلك لأنه إذا نظر إلى ما تقدم اقتضى وجوب الكفارة، وإذا نظر إلى الفاعل اقتضى عدم الوجوب فوجب أن لا تجب الكفارة؛ لأن الأصل لا يزول بمتردد.

قال: (وإن قتل من الحرم صيداً في الحل بسهمه أو كلبه أو صيداً على غصن في الحل أصله في الحرم أو أمسك حمامة في الحرم فهلك فراخها في الحل لم يضمن في أصح الروايتين).

أما عدم الضمان في جميع الصور المذكورة على الصحيح من المذهب فلأن مفهوم قوله ﷺ: «لا ينفر صيدها»[1] يدل على إباحة الصيد في غيرها وإذا كان مباحاً فلا يجب ضمانه كسائر المباحات.

ولأن جميع ما ذكر غير حَرَمِيٍّ فلم يضمنه كصيد السمام[2].

ولأنه صيد غير معصوم بالحرم والصائد له غير محرم فلم يحرم ولم يجب جزاء كما لو كانا في الحل.

ولأن الجزاء إنما يجب في صيد الحرم أو في الصيد في الإحرام وما ذُكر ليس بواحد منهما.

وأما وجوب الضمان في ذلك كله على روايةٍ فلأنه قريب من الحرم والغصن تابع للأصل فوجب الجزاء احتياطاً.

والأول أصح لما ذكر.

قال: (وإن أرسل كلبه من الحل على صيد في الحل فقتل صيداً في الحرم فعلى وجهين، وإن فعل ذلك بسهمه ضمنه).

أما الضمان إذا أرسل كلبه ففيه وجهان:

أحدهما: لا يضمنه؛ لأنه أرسل كلبه على صيد يباح إرساله عليه، ودخوله الحرم لم يكن عن اختياره؛ لأن الكلب له قصد واختيار ولهذا يسترسل بنفسه.

---

(١) سبق تخريجه في الحديث السابق.

(٢) السمام: نوع من الطير. حكاه الجوهري في الصحاح ٥: ١٩٥٤.

والثاني : عليه الجزاء وهو اختيار أبي بكر ؛ لأنه قتل صيداً حَرَمياً فوجب جزاؤه كالمجمع على وجوب الجزاء فيه . وذكر المصنف رحمه الله في المغني أن عدم الضمان منصوص الإمام أحمد .

وأما الضمان إذا فعل ذلك بسهمه فلأنه قتل صيداً حرمياً فلزمه ضمانه كما لو رمى حجراً فقتل صيداً . يحققه أن الخطأ والعمد واحد في وجوب الجزاء وهذا لا يخرج عن أن يكون واحداً منهما بخلاف مسألة الكلب على الصحيح لأن للكلب قصداً واختياراً بخلاف السهم فإنه لا قصد له ولا اختيار فانتسب الفعل إلى فاعله .

فصل (في شجر الحرم)

قال المصنف رحمه الله : (ويحرم قلع شجر الحرم وحشيشه ، إلا اليابس والإذخر وما زرعه الآدمي ، وفي جواز الرعي وجهان) .

أما تحريم قلع شجر الحرم وحشيشه فلما تقدم من قولهﷺ : « لا يختلى خلاها ولا يعضد شجرها »[1] .

وأما عدم تحريم قلع الإذخر فلأن العباس رضي الله عنه قال : « يا رسول الله! إلا الإذخر فإنه لقينهم وبيوتهم . فقال رسول اللهﷺ : إلا الإذخر »[2] متفق عليه .

وأما عدم تحريم قلع اليابس فلأنه بمنزلة الميت .

وأما ما زرعه الآدمي فيحتمل أن المصنف رحمه الله أراد به مثل البقول والزروع والرياحين وما أشبه ذلك وهو ظاهر كلامه لأن المفهوم من إطلاق الزرع ذلك دون ما غرس من الشجر وهذا مما لا خلاف في إباحته ؛ لأن الحاجة داعية إلى ذلك فلو حرم لأدى إلى ضرر عظيم .

ويحتمل أنه أراد جميع ما ينبته الآدمي مما ذكر ومن الأشجار المغروسة بفعله وفي تحريم ذلك وجهان :

أحدهما : يحرم وفيه الجزاء . قاله القاضي ؛ لعموم قولهﷺ : « لا يعضد شجرها »[3] .

والثاني : لا يحرم . اختاره أبو الخطاب وابن عقيل ؛ لأن الزرع خص من عموم الحديث لمعنى موجود في الشجر المغروس بفعل الآدمي فيلحق به ويقاس عليه . ويعضد

---

(١) سبق تخرجه ص: ١٥٧.

(٢) سبق تخرج حديث ابن عباس ص: ١٥٧.

(٣) سبق تخرجه ص: ١٥٧.

هذا تخصيص التحريم بالوحشي من الحيوان دون الإنسي فكذلك يختص التحريم بغير ما ينبته الآدمي من الشجر .

وأما جواز الرعي ففيه وجهان :

أحدهما : لا يجوز ؛ لأن ما حرم إتلافه لم يجز أن يرسل عليه ما يتلفه كالصيد .

والثاني : يجوز ؛ لأن الهدايا كانت تدخل الحرم و لم ينقل أنه كان تسد أفواهها .

ولأن بهم حاجة إلى ذلك أشبه قطع الإذخر .

قال : (ومن قلعه ضمن الشجرة الكبيرة ببقرة ، والصغيرة بشاة ، والحشيش بقيمته ، والغصن بما نقص ، فإن استخلف سقط الضمان في أحد الوجهين) .

أما ضمان الشجرة الكبيرة والصغيرة بما ذكر فلما روى ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال : « في الدوحة بقرة ، وفي الجزلة شاة »[1] .

ولأنه أحد نوعي ما يحرم إتلافه لحرمة الحرم فكان منه ما يضمن بمقدّر كالصيد .

وأما ضمان الحشيش بقيمته فلأن الأصل وجوب القيمة لما تقدم في الصيد تُرك ذلك في الشجرة الكبيرة والصغيرة لقضاء الصحابة رضوان الله عليهم فيبقى فيما عداهما على مقتضى الدليل .

وأما ضمان الغصن بما نقص فلأنه نقص بفعله فكان الواجب فيه ما نقصه كما لو جنى على مال آدمي فنقص .

وأما سقوط الضمان بالاستخلاف ففيه وجهان :

أحدهما : يسقط كما إذا جرح صيداً فاندمل وبرئ .

والثاني : لا يسقط ؛ لأن الثاني غير الأول .

---

(١) لم أقف عليه . قال ابن حجر: أما أثر ابن عباس فسبقه -أي الرافعي- إلى نقله عنه إمام الحرمين وذكره أيضاً أبو الفتح القشيري في الإلمام و لم يعزه. تلخيص الحبير ٢: ٥٤٥ .
وأخرج عبدالرزاق في مصنفه عن عطاء « في الدوحة تقتل في الحرم بقرة يعني تقطع » (٩١٩٤) ٥: ١٤٢ كتاب المناسك، باب الدوحة وهي الشجرة العظيمة.

قال : (ومن قطع غصناً في الحل أصله في الحرم ضمنه وإن قطعه في الحرم أصله في الحل لم يضمنه في أحد الوجهين) .

أما ضمان ما أصله في الحرم وغصنه في الحل فلأن الغصن تابع للأصل والأصل يجب ضمانه لو قطعه فكذلك ما يتبعه .

وأما ضمان ما أصله في الحل وغصنه في الحرم ففيه وجهان :

أحدهما : لا يضمن لما ذكر قبل .

والثاني : يضمن ؛ لأنه غصن في الحرم أشبه ما أصله فيه .

فصل (في صيد المدينة)

قال المصنف رحمه الله: (ويحرم صيد المدينة وشجرها وحشيشها إلا ما تدعو الحاجة إليه من شجرها للرحل والعارضة والقائمة ونحوها ومن حشيشها للعلف).

أما تحريم صيد المدينة وشجرها وحشيشها غير ما استثني فلما روى أنس رضي الله عنه «أن النبي ﷺ أشرفَ على المدينة . فقال: اللهم! إني أحرمُ ما بَينَ جَبَلَيْهَا مثلَ ما حرَّم إبراهيمُ مكة»[1] .

وفي لفظ: «لا يقطع شجرها»[2] متفق عليه .

وروى علي رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «المدينة حرام ما بين عير إلى ثور»[3] متفق عليه .

وأما عدم تحريم الرحل والعارضة والقائمة فلما روى جابر بن عبدالله رضي الله عنهما: «أن النبي ﷺ لما حرم المدينة قالوا: يا رسول الله! إنا أصحاب عمل وأصحاب نضح وإنا لا نستطيع أرضاً غير أرضنا فرخص لنا . فقال: القائمتان والوسادة والعارضة والمسند فأما غير ذلك فلا يعضد ولا يخبط منها شيء» رواه الإمام أحمد رحمه الله .

وأما عدم تحريم الحشيش للعلف؛ فلأن في حديث علي رضي الله عنه عن

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٥١٠٩) ٥: ٢٠٦٩ كتاب الأطعمة، باب الحيس .
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٣٦٥) ٢: ٩٩٣ كتاب الحج، باب فضل المدينة...

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (١٧٦٨) ٢: ٦٦١ أبواب فضائل المدينة، باب حرم المدينة .
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٣٦٢) ٢: ٩٩٢ كتاب الحج، باب فضل المدينة...

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٦٣٧٤) ٦: ٢٤٨٢ كتاب الفرائض، باب إثم من تبرأ من مواليه .
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٣٧٠) ٢: ٩٩٤ كتاب الحج، باب فضل المدينة...

النبي ﷺ قال: «المدينة حرام ما بين عير إلى ثور لا يختلى خلاها ولا ينفر صيدها ولا يصلح أن يقطع منها شجر إلا أن يعلف رجل بعيره»[١].

ولأن المدينة يقرب منها شجر وزرع فلو منع من الاحتشاش مع الحاجة أفضى إلى الضرر بخلاف مكة.

قال: (ومن أدخل إليها صيداً فله إمساكه وذبحه، ولا جزاء في صيد المدينة، وعنه: جزاؤه سلب القاتل لمن أخذه).

أما كون من أدخل إلى المدينة صيداً له إمساكه فلما روي أن النبي ﷺ كان يقول: «يا أبا عمير! ما فعل النغير»[٢]. وهو طائر صغير حديث صحيح.

ولم ينكر عليه إمساكه فدل على جوازه.

وأما كونه له ذبحه فلأن كل موضع جاز فيه إمساك الصيد جاز ذبحه دليله الحل.

وأما صيد المدينة ففيه روايتان:

أحدهما: لا جزاء فيه؛ لأنه موضع يجوز دخوله بغير إحرام فلم يجب فيه جزاء كصيد وُجّ.

والثانية: جزاؤه سلب القاتل لمن أخذه لأن النبي ﷺ حرم المدينة كتحريم مكة فوجب الجزاء في صيدها على الجملة كمكة.

ولما روى عامر بن سعد «أن سعداً ركب إلى قصره بالعقيق فوجد عبداً يقطع الشجر أو يخبطه فسلبه. فلما رجع سعد جاءه أهل العبد فكلموه أن يرد على غلامهم أو عليهم [ما أخذ من غلامهم] فقال: معاذ الله أن أرد عليهم شيئاً نفّلنيه رسول الله ﷺ وأبى أن يرد عليهم»[٣] رواه مسلم.

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢٠٣٤) ٢: ٢١٦ كتاب المناسك، باب في تحريم المدينة.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٥٨٥٠) ٥: ٢٢٩١ كتاب الأدب، باب الكنية للصبي قبل أن يولد للرجل.

وأخرجه مسلم في صحيحه (٢١٥٠) ٣: ١٦٩٢ كتاب الآداب، باب استحباب تحنيك المولود عند ولادته وحمله إلى صالح يحنكه...

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه (١٣٦٧) ٢: ٩٩٤ كتاب الحج، باب فضل المدينة ودعاء النبي ﷺ فيها بالبركة...

وفي لفظ لأبي داود: «أن رسول الله ﷺ حرم هذا الحرم وقال: من وجد أحداً يصيد فيه فله سلبه»[1].

قال: (وحد حرمها ما بين ثور إلى عير وجعل النبي ﷺ حول المدينة اثني عشر ميلاً حمى).

أما كون حد حرم المدينة ما بين ثور إلى عير؛ فلما تقدم من حديث علي رضي الله عنه المتفق عليه[2].

وأما جعل النبي ﷺ حول المدينة اثني عشر ميلاً حمى فلما روى أبو هريرة رضي الله عنه «أن رسول الله ﷺ جعل حول المدينة اثني عشر ميلاً حمى»[3] رواه مسلم.

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢٠٣٧) ٢: ٢١٧ كتاب المناسك، باب في تحريم المدينة.

(٢) سبق تخريجه ص: ١٦٤.

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه (١٣٧٢) ٢: ١٠٠٠ كتاب الحج، باب فضل المدينة...

باب ذكر دخول مكة

قال المصنف رحمه الله: (يستحب أن يدخل مكة من أعلاها من ثنية كداء، ثم يدخل المسجد من باب بني شيبة).

أما استحباب دخول مكة من أعلاها من ثنية كداء فلما روى ابن عمر رضي الله عنهما «أن رسول الله ﷺ دخل مكة من الثنية العليا التي بالبطحاء وخرج من الثنية السفلى»[1].

وروت عائشة رضي الله عنها «أن رسول الله ﷺ لما جاء مكة دخل من أعلاها وخرج من أسفلها»[2] متفق عليهما.

وأما استحباب دخول المسجد من باب بني شيبة فلأن النبي ﷺ هكذ فعل[3] رواه مسلم.

قال: (فإذا رأى البيت رفع وكبر وقال: اللهم! أنت السلام ومنك السلام حيِّنا ربنا بالسلام. اللهم! زد هذا البيت تعظيماً وتشريفاً وتكريماً ومهابة وبراً، وزد من عظمه وشرفه ممن حجه واعتمره تعظيماً وتشريفاً وتكريماً ومهابة وبراً. الحمد لله رب

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (١٥٠١) ٢: ٥٧١ كتاب الحج، باب من أين يخرج من مكة.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٢٥٧) ٢: ٩١٨ كتاب الحج، باب استحباب دخول مكة من الثنية العليا...

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (١٥٠١٦) ٢: ٥٧١ كتاب الحج، باب من أين يخرج من مكة.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٢٥٨) ٢: ٩١٨ كتاب الحج، باب استحباب دخول مكة من الثنية العليا...

(٣) أخرجه الطبراني في الأوسط (٤٩٥) ١: ٣٠٣ عن ابن عمر قال: «دخل رسول الله ﷺ ودخلنا معه من باب بني عبد مناف وهو الذي يسميه الناس باب بني شيبة، وخرجنا معه إلى المدينة من باب الحزورة وهو باب الخياطين». قال في مجمع الزوائد: فيه مروان بن أبي مروان قال السليماني: فيه نظر، وبقية رجاله رجال الصحيح ٣: ٢٣٨، ولم أره في مسلم.

العالمين كثيراً كما هو أهله وكما ينبغي لكرم وجهه وعز جلاله، والحمد لله الذي بلغني بيته ورآني لذلك أهلاً، والحمد لله على كل حال. اللهم! إنك دعوت إلى حج بيتك الحرام وقد جئتك لذلك. اللهم! تقبل مني واعف عني وأصلح لي شأني كله لا إله إلا أنت. يرفع بذلك صوته).

أما استحباب رفع اليدين عند رؤية البيت فلما روى أبو بكر ابن المنذر عن النبي ﷺ أنه قال: «لا ترفع الأيدي إلا في سبعة مواطن: افتتاح الصلاة، واستقبال البيت، وعلى الصفا والمروة، وعلى الموقفين، والجمرتين»[1].

ولأن الدعاء مستحب عند رؤية البيت وقد أمر برفع اليدين عند الدعاء[2].

وأما استحباب التكبير عند رؤية البيت[3].

وأما استحباب قول: اللهم! أنت السلام ومنك السلام حينا ربنا بالسلام فلما روى سعيد بن المسيب قال: «سمعت من عمر كلمة يقولها لما رأى البيت لم يسمعها غيري وهي: اللهم! أنت السلام...»[4].

وعن سعيد بن المسيب «أنه كان حين ينظر إلى البيت يقول: اللهم! أنت السلام ومنك السلام حينا ربنا بالسلام»[5].

وأما استحباب قول: اللهم! زد هذا البيت تعظيماً وتشريفاً إلى آخره فلما روى الشافعي في مسنده عن ابن جريج «أن رسول الله ﷺ كان إذا رأى البيت رفع يديه

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٥: ٧٢ كتاب الحج، باب رفع اليدين إذا رأى البيت.
وأخرجه الطبراني في الكبير (١٢٠٧٢) ١١: ٣٨٥. كلاهما عن ابن عباس. قال في مجمع الزوائد: فيه محمد بن أبي ليلى وهو سيء الحفظ وحديثه حسن إن شاء الله ٣: ٢٣٨.
وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (١٥٧٤٣) ٣: ٤٢١ كتاب الحج، في الرجل إذا رأى البيت أيرفع يديه أم لا. موقوفاً على ابن عباس.

(٢) أخرج مسلم في صحيحه عن أنس قال: «رأيت رسول الله ﷺ يرفع يديه في الدعاء حتى يرى بياض إبطيه» (٨٩٥) ٢: ٦١٢ كتاب صلاة الاستسقاء، باب رفع اليدين بالدعاء في الاستسقاء.

(٣) بياض في ج مقدار سطر.

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (١٥٧٥٢) ٣: ٤٢٢ كتاب الحج، الرجل إذا دخل المسجد الحرام ما يقول.
وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٥: ٧٣ كتاب الحج، باب القول عند رؤية البيت.

(٥) أخرجه البيهقي في الموضع السابق.

وقال : اللهم! زد هذا البيت تعظيماً وتشريفاً ومهابة وبراً ، وزد من شرفه وكرمه ممن حجه واعتمره تعظيماً وتشريفاً وبراً))[1] .

وذكر الأثرم ذلك وزاد فيه : ((الحمد لله رب العالمين -إلى قوله- : لا إله إلا أنت)) .

وأما استحباب رفع الصوت بذلك فلأنه ذكر مشروع في الحج فاستحب رفع الصوت به كالتلبية .

قال : (ثم يبتدئ بطواف العمرة إن كان معتمراً أو طواف القدوم إن كان مفرداً أو قارناً ، ويضطبع بردائه فيجعل وسطه تحت عاتقه الأيمن وطرفيه على عاتقه الأيسر) .

أما استحباب الابتداء بالطواف فـ ((لأن النبيﷺ حين قدم مكة توضأ ثم طاف بالبيت))[2] متفق عليه .

ولأن الطواف تحية المسجد فاستحب البداءة به كالركعتين في غيره من المساجد .

وأما كون المعتمر يطوف لعمرته فلأن الذين أمرهم النبيﷺ بفسخ نسكهم إلى العمرة أمرهم أن يطوفوا للعمرة بدليل أنه أمرهم بالحل[3] .

وأما كون غيره يطوف للقدوم فلأن الصحابة الذين كانوا مفردين وقارنين فعلوا ذلك .

ولأن وقت غير طواف العمرة لم يدخل بعدُ بخلاف طواف العمرة .

وأما استحباب الاضطباع بالرداء وجعل وسطه تحت العاتق الأيمن وطرفيه على العاتق الأيسر فلما روى ابن عباس رضي الله عنهما ((أن النبي ﷺ وأصحابه اعتمروا من

---

(١) أخرجه الشافعي في مسنده (٨٧٤) ١: ٣٣٩ كتاب الحج ، باب ما يلزم الحاج بعد دخول مكة...

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (١٥٦٠) ٢: ٥٩١ كتاب الحج ، باب الطواف على وضوء .
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٢٣٥) ٢: ٩٠٦ كتاب الحج ، باب ما يلزم من طاف بالبيت وسعى...

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه من حديث جابر بطوله ، وفيه: ((حتى إذا كان آخرُ طوافه على المروة فقال: لو أني استقبلت من أمري ما استدبرت لم أسق الهدي وجعلتها عمرة فمن كان منكم ليس معه هدي فليحل وليجعلها عمرة)) . (١٢١٨) ٢: ٨٨٦ كتاب الحج ، باب حجة النبي ﷺ .

الجعرانة فرملوا بالبيت وجعلوا أرديتهم تحت آباطهم ثم قذفوها على عواتقهم اليسرى))[1] رواه أبو داود .

وروى أسلم عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه ((أنه اضطبع ورمل وقال : ففيم الرمل ولِمَ نبدي مناكبنا وقد نفى الله المشركين ؟ بل لن ندع شيئاً فعلناه على عهد رسول الله ﷺ))[2] .

قال : (ثم يبتدئ من الحجر الأسود فيحاذيه بجميع بدنه ثم يستلمه ويقبله ، وإن شاء استلمه وقبل يده ، وإن شاء أشار إليه ويقول : بسم الله والله أكبر إيماناً وتصديقاً بكتابك ووفاء بعهدك واتباعاً لسنة نبيك محمد ﷺ كلما استلمه) .

أما استحباب الابتداء في الطواف من الحجر الأسود فلأن النبي ﷺ بدأ به[3] .

وأما محاذاته بجميع بدنه فليستوعب جميع البيت بالطواف .

وأما الخيرة بين استلامه وتقبيله وبين استلامه وتقبيل يده وبين الإشارة إليه فلأن الكل مروي عن النبي ﷺ .

أما الاستلام والتقبيل فلأن النبي ﷺ كان يستلمه ويقبله لما روى ابن عمر قال : ((استقبل رسول الله ﷺ الحجر ووضع شفتيه عليه يبكي طويلاً فإذا هو بعمر بن الخطاب فقال : يا عمر! هاهنا تُسكب العبرات))[4] رواه ابن ماجة .

وفي رواية : ((بدأ بالحجر فاستلمه وقبله ثم التفت فإذا هو بعمر)) .

وأما استلامه وتقبيل يده فـ ((لأن النبي ﷺ استلمه وقبل يده))[5] رواه مسلم .

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (١٨٨٤) ٢: ١٧٧ كتاب المناسك ، باب الاضطباع في الطواف .

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (١٨٨٧) ٢: ١٧٨ كتاب المناسك ، باب في الرمل.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٩٥٢) ٢: ٩٨٤ كتاب المناسك ، باب الرمل حول البيت .

(٣) عن جابر بن عبدالله رضي الله عنه ((أن رسول الله ﷺ لما قدم مكة أتى الحجر فاستلمه . ثم مشى على يمينه فرمل ثلاثاً ومشى أربعاً)) .
أخرجه مسلم في صحيحه (١٢١٨) ٢: ٨٩٣ كتاب الحج ، باب ما جاء أن عرفة كلها موقف .

(٤) أخرجه ابن ماجة في سننه (٢٩٤٥) ٢: ٩٨٢ كتاب المناسك ، باب استلام الحجر . قال في الزوائد: في إسناده محمد بن عون الخراساني ، ضعفه ابن معين وأبو حاتم وغيرهما.

(٥) أخرجه مسلم في صحيحه (١٢٦٨) ٢: ٩٢٤ كتاب الحج ، باب استحباب استلام الركنين اليمانيين...

وأما الإشارة إليه فلما روى ابن عباس رضي الله عنهما «أن النبي ﷺ طاف على بعير كلما أتى الركن أشار إليه وكبر»[1] .

وظاهر كلام المصنف رحمه الله أن الأقوال[2] الثلاثة متساوية لأن الخيرة هنا ليست خيرة في واجب . وليس كذلك بل المستحب تقبيله فإن لم يمكنه فالمستحب استلامه وتقبيل يد نفسه فإن لم يمكنه فالمستحب الإشارة إليه لأن النبي ﷺ قبله حين أمكنه في حديث عمر ، واستلمه وقبل يد نفسه حيث لم يمكنه تقبيله ولا استلامه ولذلك قال النبي ﷺ لعمر : «أنت رجل قوي فلا تزاحم الناس فتؤذي الضعيف ولكن إن وجدت مسلكاً فاستلمه وإلا فاستقبل وهلل وكبر»[3] .

وأما استحباب قول : بسم الله إلى آخره كلما استلم الحجر فلأن عبدالله بن السائب روى أن النبي ﷺ قال ذلك عند استلام الحجر[4] .

قال : (ثم يأخذ على يمينه ويجعل البيت على يساره فإذا أتى على الركن اليماني استلمه وقبل يده) .

أما الأخذ على يمينه ويجعل البيت على يساره فلأن النبي ﷺ فعل ذلك[5] وقال : «خذوا عني مناسككم»[6] .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (١٥٣٤) ٢: ٥٨٣ كتاب الحج ، باب من أشار إلى الركن إذا أتى عليه .

(٢) في حاشية ج: لعله الأفعال .

(٣) أخرجه أحمد في مسنده (١٩٠) ١: ٢٨.

(٤) قال ابن حجر: لم أجده هكذا ، وقد ذكره صاحب المهذب من حديث جابر ، وقد بيض له المنذري ، والنووي ، وأخرجه ابن عساكر من طريق ابن ناجيه بسند له ضعيف ، ورواه الشافعي عن ابن أبي نجيح قال: «أخبرت أن بعض أصحاب النبي ﷺ قال: يا رسول الله! كيف نقول إذا استلمنا ؟ قال: قولوا: بسم الله ، والله أكبر إيماناً بالله ، وتصديقاً بما جاء به محمد » . تلخيص الحبير ٢: ٤٧٢ .

(٥) سبق ذكر حديث جابر «أن رسول الله ﷺ لما قدم مكة أتى الحجر فاستلمه ثم مشى على يمينه فرمل ثلاثاً ومشى أربعاً » . ر ص: ١٦٩.

(٦) أخرجه مسلم في صحيحه (١٢٩٧) ٢: ٩٤٣ كتاب الحج ، باب استحباب رمي جمرة العقبة يوم النحر راكباً...
وأخرجه أبو داود في سننه (١٩٧٠) ٢: ٢٠١ كتاب المناسك ، باب في رمي الجمار .
وأخرجه النسائي في سننه (٣٠٦٢) ٥: ٢٧٠ كتاب مناسك الحج ، الركوب إلى الجمار واستظلال المحرم .

وأما استحباب استلام الركن اليماني فلما روى ابن عمر رضي الله عنهما «أن رسول الله ﷺ كان لا يستلم إلا الحجر والركن اليماني»[1] .

وعن ابن عمر : «ما تركت استلام هذين الركنين اليماني والحجر منذ رأيت رسول الله ﷺ يستلمهما ، في شدة ولا رخاء»[2] رواهما مسلم .

ولأن الركن اليماني مبني على قواعد إبراهيم عليه السلام قاله ابن عمر فسن استلامه كالذي فيه الحجر .

وأما استحباب تقبيل يده بعد استلام الحجر فكما يفعل ذلك في الحجر الأسود .

فإن قيل : لِمَ لَمْ يقبل كالحجر الأسود ؟

قيل : إنه لم ينقل ذلك من طريق صحيح .

قال : (ويطوف سبعاً يرمل في الثلاثة الأُوَل منها . وهو : إسراع المشي مع تقارب الخطى ، ولا يَثِب وثباً ، ويمشي أربعاً) .

أما كون الطواف سبعاً يرمل في ثلاثة ويمشي أربعاً فـ «لأن النبي ﷺ طاف سبعاً رمل ثلاثاً ومشى أربعاً»[3] متفق عليه .

وأما قول المصنف رحمه الله : وهو إسراع المشي مع تقارب الخطى فبيان لماهية الرمل .

وأما كونه لا يَثِب وثباً فلأن ذلك ليس بمشي فإذا فعله لم يكن إتياناً بالرمل المشروع .

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٢٦٧) ٢: ٩٢٤ كتاب الحج ، باب استحباب استلام الركنين اليمانيين في الطواف دون الركنين الآخرين .

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه (١٢٦٨) ٢: ٩٢٤ كتاب الحج ، باب استحباب استلام الركنين اليمانيين في الطواف دون الركنين الآخرين .

(٣) عن ابن عمر رضي الله عنهما: «أن النبي ﷺ كان إذا طاف بالبيت الطواف الأول يخب ثلاثة أطواف ويمشي أربعة» . والخب: هو الرمل.
أخرجه البخاري في صحيحه (١٥٣٨) ٢: ٥٨٤ كتاب الحج ، من طاف بالبيت إذا قدم مكة...
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٢٦١) ٢: ٩٢٠ كتاب الحج، باب استحباب الرمل في الطواف والعمرة...

قال: (وكلما حاذى الحجر والركن اليماني استلمهما أو أشار إليهما ويقول كلما حاذى الحجر: الله أكبر ولا إله إلا الله، وبين الركنين: ربنا آتنا في الدنيا حسنة وفي الآخرة حسنة وقنا عذاب النار. وفي سائر الطواف: اللهم! اجعله حجاً مبروراً وسعياً مشكوراً وذنباً مغفوراً. رب اغفر وارحم وتجاوز عما تعلم وأنت الأعز الأكرم. ويدعو بما أحب).

أما استحباب استلام الحجر والركن اليماني أو الإشارة إليهما كلما حاذاهما:

أما الاستلام فلأن ابن عمر رضي الله عنهما قال: «كان رسول الله ﷺ يستلم الركن اليماني والحجر في كل طوفة»[1] رواه أبو داود.

وعن نافع: كان ابن عمر يفعله[2].

وأما الإشارة فلأنها بدل عن الاستلام.

وأما استصحاب التكبير والتهليل كلما حاذى الحجر فلما تقدم من حديث ابن عباس «أن النبي ﷺ كلما أتى الحجر أشار إليه وكبر»[3].

وفي حديث عمر المتقدم: «وإلا فاستقبلْ وهلل وكبر»[4].

وأما استحباب قول: ﴿ربنا آتنا في الدنيا حسنة ... الآية﴾ [البقرة:٢٠١] بين الركنين فلما روى عبدالله بن السائب رضي الله عنه: «أن رسول الله ﷺ كان يقول ذلك بين ركن بني جُمَح والركن الأسود»[5] رواه الإمام أحمد.

وروى ابن ماجة عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «وُكِّل به -يعني الركن اليماني- سبعون ألف ملك. فمن قال: اللهم! إني أسألك العفو والعافية في الدنيا والآخرة ﴿ربنا آتنا في الدنيا حسنة ... الآية﴾ [البقرة:٢٠١] قالوا: آمين»[6].

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (١٨٧٦) ٢: ١٧٦ كتاب المناسك، باب استلام الأركان.

(٢) سنن أبي داود ص: ٢: ١٧٦.

(٣) سبق تخريجه ص:١٧٣

(٤) سبق تخريجه ص:١٧٤

(٥) أخرجه أحمد في مسنده (١٥٤٣٦) ٣: ٤١١.

(٦) أخرجه ابن ماجة في سننه (٢٩٥٧) ٢: ٩٨٥ كتاب المناسك، باب فضل الطواف.

وأما استحباب قول : اللهم! اجعله حجاً مبروراً... إلى الأكرم في بقية طوافه فلأن ذلك قولٌ لائقٌ بالمحل فاستحب ذكره كسائر الأدعية اللائقة بمحالها المنصوص على مشروعيتها فيها .

وأما دعاؤه بما أحب بعد ذلك فلأن ذلك موضع يستجاب فيه الدعاء غالباً والشخص قد تكون له حاجة أخروية أو دنيوية فإذا دعا بما أحب كان ذلك وسيلة إلى قضاء حاجته وبلوغ أمله .

قال : (وليس على النساء ولا أهل مكة رمل ولا اضطباع ، وليس في غير هذا الطواف رمل ولا اضطباع) .

أما عدم استحباب الرمل والاضطباع في حق النساء فلأن ذلك شرع لإظهار الجلَد وليس مطلوباً من النساء .

ولأن النساء يقصد منهن الستر ، وفي الرمل تعرض للانكشاف وفي الاضطباع تعرض للانكشاف .

وأما عدم استحباب ذلك في حق أهل مكة فلأن ذلك شرع لما ذكر ، وليس مطلوباً من أهل مكة لأنهم مقيمون .

و « لأن ابن عمر رضي الله عنهما كان إذا أحرم من مكة لم يرمل » .

والمراد بأهل مكة : المقيم بها ومن أحرم بها حتى لو كان متمتعاً فأحرم بالحج منها ثم عاد وقلنا يُشرع له طواف القدوم لم يرمل كما ذكر في المغني .

وأما عدم استحبابهما في غير الطواف الأول فلأن النبيﷺ وأصحابه لم يرملوا و لم يضطبعوا إلا في الطواف الأول فلم يسن الإتيان بغير ما فعلوه .

ولأن الطواف الأول إنما سن فيه ذلك لفعل النبيﷺ وأصحابه وهو منتف هنا فينتفي الاستحباب لانتفاء المقتضي .

قال: (ومن طاف راكباً أو محمولاً أجزأه. وعنه: لا يجزئه إلا لعذر، ولا يجزئ عن الحامل).

أما إجزاء طواف الراكب لعذر فلا خلاف فيه، وفي الحديث عن ابن عباس رضي الله عنهما «أن النبي ﷺ طاف في حجة الوداع على بعير يستلم الركن بمحجن»[1].

وعن أم سلمة رضي الله عنها قالت: «شكوت إلى رسول الله ﷺ أني أشتكي. فقال: طوفي من وراء الناس وأنت راكبة»[2] متفق عليهما.

ولأن الله تعالى أمر بالطواف مطلقاً والراكب طائف.

وأما إجزاء طواف المحمول لعذر فلأنه كالراكب معنى فكذا حكماً.

وأما طواف من ذكر لغير عذر ففيه روايتان:

أحدهما: يجزئ؛ لما تقدم من فعل النبي ﷺ، وكون الأمر بالطواف مطلقاً.

والثانية: لا يجزئ؛ لأن النبي ﷺ قال: «الطواف بالبيت صلاة»[3] والصلاة حاملا ومحمولاً لا تصح.

ولأن الطواف بالبيت عبادة تتعلق بالبيت فلم يجز فعلها راكباً ولا محمولاً لغير (عذر)[4] كالصلاة.

وأما فعل النبي ﷺ فلا دليل فيه لأنه كان لعذر «لأنه روي أنه كثر عليه الناس يقولون: هذا محمد هذا محمد. حتى خرج العواتق من البيوت. وكان ﷺ لا يُضْرَبُ الناسُ بين يَديه فلما كثُروا عليه ركب»[5] رواه مسلم.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (١٥٣٠) ٢: ٥٨٢ كتاب الحج، باب استلام الركن بالمحجن.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٢٧٢) ٢: ٩٢٦ كتاب الحج، باب جواز الطواف على بعير وغيره، واستلام الحجر بمحجن ونحوه للراكب.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٥٧٢) ٤: ١٨٣٩ كتاب التفسير، باب تفسير سورة: ﴿والطور﴾.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٢٧٦) ٢: ٩٢٧ كتاب الحج، باب جواز الطواف على بعير وغيره ...

(٣) أخرجه الترمذي في جامعه (٩٦٠) ٣: ٢٩٣ كتاب الحج، باب ما جاء في الكلام في الطواف.
وأخرجه النسائي في سننه (٢٩٢٢) ٥: ٢٢٢ كتاب مناسك الحج، إباحة الكلام في الطواف.

(٤) زيادة من الشرح الكبير ٣: ٣٩٤.

(٥) أخرجه مسلم في صحيحه (١٢٦٤) ٢: ٩٢١ كتاب الحج، باب استحباب الرمل في الطواف والعمرة ...

وأما عدم إجزاء ذلك عن الحامل فلأن الطواف عبادة أُدِّيَ بها فرض الله فلم (تكن)[1] فرضاً عن آخر كالصلاة .

ولأن الحامل له كالمحمول فلم يقع الطواف عن غيره كالراكب .

قال : (وإن طاف منكساً أو على جدار الحجر أو شاذروان الكعبة أو ترك شيئاً من الطواف وإن قلّ أو لم ينوه لم يجزئه ، وإن طاف محدثاً أو نجساً أو عرياناً لم يجزئه . وعنه : يجزئه ويجبره بدم) .

أما عدم إجزاء الطواف المنكس وهو جعل الطائف البيت عن يمينه عكس ما تقدم من قوله : ويجعل البيت على يساره فـ « لأن جعل النبيﷺ البيت عن يساره »[2] على ما تقدم بيان لقوله تعالى : ﴿وليطوفوا بالبيت العتيق﴾ [الحج:٢٩]، وفعله ﷺ إذا خرج مخرج البيان تعين فلا يجوز خلافه .

ولأن النبي ﷺ قال : « خذوا عني مناسككم »[3] .

ولأنها عبادة متعلقة بالبيت فكان الترتيب فيها واجباً كالصلاة .

وأما عدم إجزائه على جدار الحِجْر وهو حائطه أو شاذروان الكعبة وهو : ما فضل من حائطه فلأن ذلك من البيت فإذا لم يطف بكل البيت لم يجزءه ؛ لأن الطواف بجميعه واجب بدليل « أن النبي ﷺ طاف بجميعه »[4] وقال : « خذوا عني مناسككم »[5] .

وأما عدم إجزائه إذا ترك شيئاً منه وإن قلّ مثل إن طاف خمساً أو ستاً أو نحو ذلك فلأن النبي ﷺ طاف سبعاً والقول فيه كما تقدم في جعل البيت عن يمينه .

---

(١) زيادة يقتضيها السياق .

(٢) لم أقف عليه هكذا ، وقد سبق ذكر حديث جابر ، وفيه : « ثم مشى على يمينه . فرمل ثلاثاً ومشى أربعاً » . ر ص: ١٦٩.

(٣) سبق تخريجه ص: ١٧٠.

(٤) عن ابن عمر رضي الله عنهما قال : « رمل رسول الله ﷺ من الحَجَر إلى الحَجَر ثلاثا ، ومشى أربعا » . أخرجه مسلم في صحيحه (١٢٦٢) ٢: ٩٢١ كتاب الحج ، باب: استحباب الرمل في الطواف والعمرة...

(٥) سبق تخريجه ص: ١٧٠.

وأما عدم إجزائه إذا لم ينو فلقوله : « إنما الأعمال بالنيات »[1] ولقوله : « لا عمل إلا بنية »[2] .

ولأنها عبادة محضة فافتقرت إلى النية كالصلاة .

وأما من طاف محدثاً أو نجساً أو عرياناً ففيه روايتان :

أحدهما : لا يجزئه ؛ لما روى ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال : « الطواف بالبيت صلاة إلا أنكم تتكلمون فمن تكلم فلا يتكلم إلا بخير »[3] رواه الترمذي ورواه الأثرم بمعناه .

وروى أبو هريرة « أن أبا بكر الصديق رضي الله عنهما بعثه في الحجة التي أمّره عليها رسول الله ﷺ قبل حجة الوداع يوم النحر يؤذن لا يحج بعد العام مشرك ولا يطوف بالبيت عريان »[4] متفق عليه .

ولأنه عبادة متعلقة بالبيت فكانت الطهارة والستارة فيها شرطاً كالصلاة .

والرواية الثانية : يجزئه ويجبره بدم ؛ أما الإجزاء فلأن الطواف عبادة لا يشترط فيها الاستقبال فلم يشترط فيها ذلك كالسعي والوقوف .

وأما جبر ذلك بدم فلأن ذلك إذا لم يكن شرطاً فلا أقل من أن يكون واجباً ، وترك الواجب يجبر بدم .

وظاهر كلام المصنف رحمه الله أن الإجزاء مع جبر الدم عامّ سواء أمكنه الطواف بعد طوافه على الصفة المتقدمة أو لا .

وقال في المغني : وعن أحمد رواية أن الطهارة ليست شرطاً فمتى طاف للزيارة غير متطهر أعاد ما كان يمكنه وإن رجع جبره بدم .

---

(١) سبق تخريجه ص: ٨٧.

(٢) سبق تخريجه ص: ٨٧.

(٣) أخرجه الترمذي في جامعه (٩٦٠) ٣: ٢٩٣ كتاب الحج ، باب ما جاء في الكلام في الطواف .

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه (١٥٤٣) ٢: ٥٨٦ كتاب الحج ، باب لا يطوف بالبيت عريان ولا يحج مشرك .

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٣٤٧) ٢: ٩٨٢ كتاب الحج ، باب لا يحج بالبيت مشرك ولا يطوف بالبيت عريان...

وظاهره أن الطواف غير متطهر لا يجبره الدم مع إمكان إعادته .

قال : (وإن أحدث في بعض طوافه أو قطعه بفصل طويل ابتدأه، وإن كان يسيراً أو أقيمت الصلاة أو حضرت جنازة صلى وبنى . ويتخرج أن الموالاة سنة) .

أما ابتداء الطواف إذا أحدث الطائف في أثنائه فلأنه عبادة شرطها الطهارة على الصحيح فأبطلها الحدث كالصلاة . وحكم تعمد الحدث وسبقه في ذلك حكم الصلاة من بطلان وبناء .

وأما ابتداؤه إذا قطعه بفصل طويل فلأن الموالاة بين أجزائه شرط للصحة على المذهب « لأن النبي ﷺ والى بين طوافه »[1] وقال : « خذوا عني مناسككم »[2] .

ولأنه صلاة فيشترط لها الموالاة كسائر الصلوات ، أو نقول عبادة متعلقة بالبيت فاشترط لها الموالاة كالصلاة .

وأما بناؤه إذا قطعه بفعل يسير فلأن اليسير يسامح به في غير هذا الموضع فكذلك هاهنا .

ولأن في الاتصال مع ذلك مشقة عظيمة وضرراً عظيماً فوجب أن لا يشترط نفياً لذلك .

فإن قيل : بم يعرف الطويل من اليسير ؟

قيل : يرجع في ذلك إلى العرف من غير تحديد بمدة كما رجع إلى العرف في الحِرْز والقبض .

وأما قطع الطواف وصلاة الصلاة التي أقيمت فلقوله ﷺ : « إذا أقيمت الصلاة فلا صلاة إلا المكتوبة »[3] .

---

(١) يستفاد ذلك من عدد من الأحاديث ، ومنها حديث جابر السابق « أن رسول الله ﷺ لما قدم مكة أتى الحجر فاستلمه . ثم مشى على يمينه فرمل ثلاثاً ومشى أربعاً » .

(٢) سبق تخريجه ص: ١٧٠.

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه (٧١٠) ١: ٤٩٣ كتاب صلاة المسافرين ، باب كراهة الشروع في نافلة بعد شروع المؤذن .

وأخرجه أبو داود في سننه (١٢٦٦) ٢: ٢٢ كتاب التطوع، باب إذا أدرك الإمام و لم يصل ركعتي الفجر.

⇦

وفي لفظ : « فلا صلاة إلا التي أقيمت »[1] والطواف صلاة فيدخل تحت عموم الخبر .

ولأنه قول ابن عمر وسالم ابنه وعطاء ولم يعرف لهم مخالف في عصرهم .

وأما قطعه وصلاته على الجنازة فلأن الجنازة صلاة تفوت بالتشاغل بالطواف وإذا قطع الطواف من أجل الصلاة التي أقيمت وهي لا تفوت بالتشاغل بالطواف فلأن يقطع بصلاة الجنازة وهي تفوت بالتشاغل بطريق الأولى .

وأما بناؤه في الموضعين على ما طاف فلأنه فعل فعلاً مشروعاً في أثناء الطواف فلم يقطعه كاليسير .

وأما تخريج مسنونية الموالاة فـ « لأن الحسن رضي الله عنه غشي عليه فلما أفاق أتمه » .

ونقل المصنف رحمه الله في المغني والكافي عن أحمد رواية : أن الموالاة ليست بشرط مع العذر واستدل عليه بما ذكر عن الحسن .

قال : (ثم يصلي ركعتين . والأفضل أن يكون خلف المقام يقرأ فيهما : ﴿قل يا أيها الكافرون﴾ [الكافرون:١] و ﴿قل هو الله أحد﴾ [الإخلاص:١] بعد الفاتحة) .

أما استحباب صلاة ركعتين بعد فراغه من الطواف فلأن النبي ﷺ صلاهما[2] .

وأما أفضلية كونهما خلف المقام ، والقراءة فيهما بـ﴿قل يا أيها الكافرون﴾ و ﴿قل هو الله أحد﴾ بعد الفاتحة فلما روى جابر رضي الله عنه « أن النبي ﷺ طاف بالبيت سبعاً

⇦

وأخرجه الترمذي في جامعه (٤٢١) ٢: ٢٨٢ أبواب الصلاة، ماجاء إذا أقيمت الصلاة فلا صلاة إلا المكتوبة. قال الترمذي: حديث حسن.

وأخرجه النسائي في سننه (٨٦٦) ٢: ١١٦ كتاب الإمامة، ما يكره من الصلاة عند الإقامة.

وأخرجه ابن ماجة في سننه (١١٥١) ١: ٣٦٤ كتاب إقامة الصلاة، باب ما جاء في إذا أقيمت الصلاة فلا صلاة إلا المكتوبة.

وأخرجه أحمد في مسنده (٩٨٧٤) ٢: ٤٥٥ ، كلهم عن أبي هريرة رضي الله عنه.

(١) أخرجه أحمد في مسنده (٨٤٠٩) ط. دار التراث. من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(٢) سيأتي تخريجه في الحديث التالي.

وصلى خلف المقام ركعتين قرأ فيهما : ﴿قل يا أيها الكافرون﴾ و ﴿قل هو الله أحد﴾ »[1] رواه مسلم .

وفي الأفضلية المذكورة تنبيه على جواز فعلهما في غير ذلك الموضع وبغير تلك القراءة وهو صحيح : أما الأول فـ « لأن عمر رضي الله عنه ركعهما بذي طوى »[2] رواه البخاري .

وأما الثاني ؛ فلأن تعيين الفاتحة في الفريضة لا تجب . فلأن لا تجب في ركعتي الطواف بطريق الأولى .

قال : (ثم يعود إلى الركن فيستلمه ، ثم يخرج إلى الصفا من بابه . ويسعى سبعاً يبدأ بالصفا فيرقى عليه حتى يرى البيت فيستقبله ويكبر ثلاثاً ويقول : الحمد لله على ما هدانا . لا إله إلا الله وحده لا شريك له له الملك وله الحمد يحيي ويميت وهو حي لا يموت بيده الخير وهو على كل شيء قدير . لا إله إلا الله وحده لا شريك له صدق وعده ونصر عبده وهزم الأحزاب وحده . لا إله إلا الله لا نعبد إلا إياه مخلصين له الدين ولو كره الكافرون . ثم يلبي ويدعو بما أحب).

أما عود من فرغ من الطواف إلى الركن والمراد به الحَجَر الأسود -قاله المصنف في المغني- واستلامه وخروجه إلى الصفا من بابه وسعيه سبعاً وبداؤه بالصفا ورقيه عليه واستقباله القبلة وتكبيره وقول : الحمد لله ... إلى وهزم الأحزاب وحده فلأن جابراً رضي الله عنه قال في صفة حج النبي ﷺ بعد ركعتي الطواف : « ثم رجع إلى الركن فاستلمه ثم خرج من الباب إلى الصفا فلما دنا من الصفا قرأ : ﴿إن الصفا والمروة من شعائر الله﴾ [البقرة:١٥٨] نبدأ بما بدأ الله به فبدأ بالصفا فرقى عليه حتى رأى البيت واستقبل القبلة فوحد الله وكبره وقال : لا إله إلا الله وحده لا شريك له له الملك وله الحمد وهو على كل شيء قدير . لا إله إلا الله وحده أنجز وعده ونصر عبده وهزم الأحزاب وحده »[3] .

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٢١٨) ٢: ٨٨٦ كتاب الحج ، باب حجة النبي ﷺ .

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (١٤٧٨) ٢: ٥٦٢ كتاب الحج ، باب الإهلال مستقبل القبلة .

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه (١٢١٨) ٢: ٨٨٦ كتاب الحج ، باب حجة النبي ﷺ .

وأما قوله : لا إله إلا الله ... إلى ولو كره الكافرون فلما روي عن ابن عمر رضي الله عنه «أنه كان يدعو ويزيد : لا إله إلا الله لا نعبد إلا إياه مخلصين له الدين ولو كره الكافرون . ويدعو دعاء كثيراً حتى أنه ليملنا وإنا لشباب» .

وأما تلبيته بعد ذلك...[١] .

قال : (ثم ينزل من الصفا ويمشي حتى يأتي العلم فيسعى سعياً شديداً إلى العلم ، ثم يمشي حتى يأتي المروة فيفعل عليها مثل ما فعل على الصفا ، ثم ينزل فيمشي في موضع مشيه ويسعى في موضع سعيه يفعل ذلك سبعاً يحتسب بالذهاب سعية وبالرجوع سعية يفتتح بالصفا ويختم بالمروة ، فإن بدأ بالمروة لم يحتسب بذلك الشوط).

أما نزوله إلى الصفا ومشيه إلى العلم وسعيه سعياً شديداً منه إلى العلم الآخر ومشيه من الثاني إلى المروة وفعله عليها مثل فعله على الصفا فلأن جابراً رضي الله عنه قال : «ثم نزل -يعني النبي ﷺ - إلى المروة حتى إذا انصبَّتْ قَدماه رملَ في بطن الوادي حتى إذا صعدنا مشى حتى أتى المروة ففعل على المروة كما فعل على الصفا»[٢] .

فإن قيل : ما العلمان ؟

قيل : هما ميلان أخضران أحدهما : معلق في ركن المسجد ، والآخر : بفناء المسجد وحذاء دار العباس .

وأما نزوله من المروة ومشيه في موضع مشيه وسعيه في موضع سعيه وفعله ذلك سبع مرات فلأن النبي ﷺ فعل ذلك كذلك . وقال : «خذوا عني مناسككم»[٣] .

وأما احتسابه بالذهاب سعية وبالرجوع سعية فلأنه لو كان الذهاب والرجوع سعية لتعين أن يكون آخر الطواف عند الصفا وقد جاء في الحديث : «فلما كان آخر طوافه على المروة»[٤] .

---

(١) بياض في ج مقدار نصف سطر .

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه (١٢١٨) ٢: ٨٨٦ كتاب الحج ، باب حجة النبي ﷺ .

(٣) سبق تخريجه ص: ١٧٠.

(٤) أخرجه مسلم في صحيحه (١٢١٨) ٢: ٨٨٦ كتاب الحج ، باب حجة النبي ﷺ .

ولأنه كل مرة طائف بهما فينبغي أن يحسب ذلك مرة كما إذا طاف بجميع البيت فإنه يحتسب به مرة .

وأما افتتاحه بالصفا ؛ فلما تقدم من «أن النبي ﷺ لما دنى من الصفا قرأ : ﴿إن الصفا والمروة من شعائر الله﴾ [البقرة:١٥٨] بدأ بالصفا وقال : ابدأوا بما بدأ الله به »[1] .

وعن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال : « قال الله تعالى :﴿إن الصفا والمروة من شعائر الله﴾ [البقرة:١٥٨] فبدأ بالصفا وقال : اتبعوا القرآن فما بدأ به القرآن فابدأوا به » .

وأما اختتامه بالمروة فلما تقدم من قوله : « فلما كان آخر طوافه على المروة »[2] .

ولأنه يلزمه بالبداءة بالصفا والاعتداد بالذهاب مرة والرجوع مرة الاختتام بالمروة .

وأما عدم الاحتساب بالشوط إذا بدأ من المروة فلأن الشوط مخالف لفعل النبي ﷺ وأمره فلم يحتسب به كالصلاة في الدار المغصوبة .

قال : (ويستحب أن يسعى طاهراً مستتراً متوالياً . وعنه : أن ذلك من شرائطه) .

أما استحباب سعيه مستتراً متوالياً فلأن ذلك مختلف في وجوبه فاستحب فعله لما فيه من الخروج من العهدة .

ولأن النبي ﷺ سعى كذلك وأدنى أحواله حمله على الاستحباب .

وأما اشتراط ذلك ففيه روايتان :

أحدهما : يشترط ؛ لأنه أحد الطوافين فاشترط فيه ذلك كالطواف بالبيت .

والرواية الثانية : لا يشترط شيء من ذلك وهي المذهب ؛ لأن النبي ﷺ قال لعائشة حين حاضت : « اقضي ما يقضي الحاج غير أن لا تطوفي بالبيت »[3] .

ولأن السعي عبادة لا تتعلق بالبيت فلم يشترط فيها شيء من ذلك كالوقوف بعرفة .

---

(١) سبق ذكره ص: ١٧٩.

(٢) سبق تخريجه قبل قليل .

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٥٢٣٩) ٤: ٢١١٣ كتاب الأضاحي، باب من ذبح ضحية غيره.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٢١١) ٢: ٨٧٣ كتاب الحج ، باب بيان وجوه الإحرام...

قال: (والمرأة لا ترقى ولا ترمل).

أما عدم استحباب الرقي للمرأة فلئلا تزاحم الرجال.

ولأن ترك ذلك أستر لها.

وأما عدم استحباب الرمل في السعي فلما تقدم من عدم استحبابه لها في الطواف.

قال: (وإذا فرغ من السعي فإن كان معتمراً قصّر من شعره وتحلل، إلا أن يكون المتمتع قد ساق هدياً فلا يُحل حتى يحج. ومن كان متمتعاً قطع التلبية إذا وصل البيت).

أما جواز تقصير المعتمر غير سائق الهدي من شعره وتحلله بعد سعيه فلأن النبي ﷺ اعتمر ثلاث عمر[1] سوى عمرته التي مع حجه وكان يحل إذا سعى.

وأما المتمتع فإن كان معه هدي لم يحل وإلا حل لما روى ابن عمر رضي الله عنهما قال: «تمتع الناس مع رسول الله ﷺ بالعمرة إلى الحج فلما قدم رسول الله ﷺ مكة قال للناس: من معه هدي فإنه لا يحل من شيء حرم منه حتى يقضي حجه، ومن لم يكن منكم أهدى فليطف بالبيت وبالصفا والمروة وليحلل»[2] متفق عليه.

فإن قيل: لم قال المصنف رحمه الله قصر و لم يقل حلق؟

قيل: للتنبيه على أن المسنون التقصير لا الحلق؛ لأن النبي ﷺ أمر في حديث جابر فقال: «وليقصر»[3] والحكمة في ذلك توفير الحلق على الحج.

فإن قيل: لم قال: والمعتمر ثم استثنى المتمتع؟

قيل: لأن المعتمر أعم من المتمتع لأن المعتمر من أحرم بعمرة من الميقات ثم إن وجد فيه الشروط المتقدمة ذكرها في صفة التمتع فهو متمتع.

---

(١) سيأتي تخريجه من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قريباً.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (١٦٠٦) ٢: ٦٠٧ كتاب الحج، باب من ساق البدن معه.

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٢٢٧) ٢: ٩٠١ كتاب الحج، باب وجوب الدم على المتمتع، وأنه إذا عدمه لزمه صوم ثلاثة أيام في الحج.

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه (١٢١٨) ٢: ٨٨٦ كتاب الحج، باب حجة النبي ﷺ.

وأما قطع المتمتع التلبية إذا وصل البيت والمراد به إذا استلم الحجر الأسود فلأن ابن عباس رضي الله عنهما روى «أن النبيﷺ كان يمسك عن التلبية في العمرة إذا استلم الحجر»[1] . قال الترمذي : هذا حديث حسن صحيح .

وروي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده «أن النبيﷺ اعتمر ثلاث عمر و لم يزل يلبي حتى استلم»[2] .

ولأن التلبية إجابة إلى العبادة وشعار للإقامة عليها والأخذ بالتحلل ينافيها والتحلل يحصل بالطواف والسعي فإذا شرع في الطواف فقد أخذ في التحلل فيجب أن يقطع التلبية كما يقطع الحاج التلبية إذا شرع في رمي جمرة العقبة ؛ لأن التحلل يحصل بها .

وفي كلام المصنف رحمه الله نظر من وجهين :

أحدهما : أنه قال : ومن كان متمتعاً وكان الجيد أن يقول : ومن كان معتمراً لأن الحكم المذكور يستوي فيه المتمتع وغيره .

والثاني : أنه قال : قطَعَ التلبية إذا وصل البيت وكان الجيد أن يقول : قطع التلبية إذا استلم الركن كما قال الإمام أحمد رحمه الله . وكأنه لما كان الوصول إلى البيت يتعقبه الطواف لأنه تحيته وكان استلام الركن أول ما يبدأ به في الطواف عبر بذلك عنه إلا أن فيه لبساً مع عدم الحاجة لا سيما على المتعلم .

---

(١) أخرجه الترمذي في جامعه (٩١٩) ٣: ٢٦١ كتاب الحج ، باب ما جاء متى تقطع التلبية في العمرة .
وأخرجه أبو دواد في سننه (١٨١٧) ٢: ١٦٣ كتاب المناسك، باب متى يقطع المعتمر التلبية؟ . ولفظه: عن النبي ﷺ: «يلبي المعتمر حتى يستلم الحجر» .

(٢) أخرجه أحمد في مسنده (٦٦٨٥) ٢: ١٨٠ .

باب صفة الحج

قال المصنف رحمه الله : (يستحب للمتمتع الذي حل وغيره من المحلين بمكـة الإحـرام بالحج يوم التروية وهو الثامن من ذي الحجة من مكة . ومن حيث أحـرم مـن الحـرم جاز) .

أما استحباب الإحرام لمن ذكر في يوم التروية فلأن جابراً رضي الله عنه قال : « فلما كان يوم التروية توجهوا إلى منى فأهلوا بالحج »[1] .

وأما استحبابه مـن نفـس مكـة فـلأن النبيﷺ قـال : « حتـى أهْـل مكـة يـهلون منها »[2] .

و« كان عطاء يستلم الركن ثم ينطلق منه مهلاً بالحج » .

وأما جوازه من أي موضع كان من الحرم فلأن في حديث جـابر رضـي الله عنـه : « فأهللنا من الأبطح »[3] . وهو موضع خارج نفس البلد داخل في الحرم .

قال : (ثم يخرج إلى منى فيصلي بها الظهر ويبيت بها ، فإذا طلعت الشمس سـار إلى عرفة فأقام بنمرة حتى تزول الشمس ، ثم يخطب الإمام خطبة يعلمهم فيها الوقـوف

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٢١٨) ٢: ٨٨٦ كتاب الحج ، باب حجة النبي ﷺ .

(٢) سبق تخريجه ص: ٨١.

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه (١٢١٥) ٢: ٨٨٣ كتاب الحج ، باب بيان وجوه الإحرام ...

وقته والدفع منه والمبيت بمزدلفة، ثم ينزل فيصلي بهم الظهر والعصر يجمع بينهما بأذان وإقامتين).

أما خروجه إلى منى إلى آخره فلأن في حديث جابر رضي الله عنه: «فلما كان يوم التروية توجهوا إلى منى فأهلوا بالحج وركب رسول الله ﷺ فصلى بها الظهر والعصر والمغرب والعشاء والفجر ومكث قليلاً حتى طلعت الشمس، وأمر بقبة من شَعر تُضرب له بنمرة. فسار رسول الله ﷺ حتى أتى عرفة فوجد القبة قد ضُربت له بنمرة. فنزل بها حتى إذا زالت الشمس أمر بالقصواء فرُحِّلَتْ له. فأتى بطن الوادي فخطب الناس. ثم أذن بلال ثم أقام فصلى الظهر ثم أقام فصلى العصر ثم لم يصل بينهما شيئاً»[1].

وأما تعليم الناس في الخطبة الوقوف ووقته والدفع منه والمبيت بمزدلفة فليذكر العالم ويتعلم الجاهل.

وأما الجمع فظاهر كلام المصنف رحمه الله هنا أنه يجوز لكل من حضر عرفة من مكة وغيرها وصرح به في المغني، وعلله بأن النبي ﷺ جَمَع وجَمَع الناس معه ولم يأمر المكيين بترك الجمع كما أمرهم بترك القصر حين قال: «أتموا فإنا سفر»[2]. ولو حرم الجمع لبينه لهم؛ لأنه لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة وبـ «أن عثمان كان يتم الصلاة» لأنه اتخذ بمكة أهلاً ولم يبلغنا أنه ترك الجمع ولو تركه لنقل كما نقل الإتمام.

وقال أصاحبنا القاضي وأبو الخطاب وابن عقيل: يختص بمن بينه وبين وطنه مسافة القصر؛ لأن سبب الجمع السفر الطويل فلا يجوز إلا حيث وجد سببه.

ولأن الجمع كالقصر والقصر يختص بمن ذكر فكذا الجمع.

قال: (ثم يروح إلى الموقف. وعرفة كلها موقف إلا بطن عرنة. وهي من الجبل المشرف على عرنة إلى الجبال المقابلة له إلى ما يلي حوائط بني عامر).

أما رواحه إلى عرفة إذا رحل من نمرة فلأن النبي ﷺ هكذا فعل[3].

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٢١٨) ٢: ٨٨٦ كتاب الحج، باب حجة النبي ﷺ.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (١٢٢٩) ٢: ٩ كتاب صلاة السفر، باب متى يتم المسافر.

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه (١٢١٨) ٢: ٨٩١ كتاب الحج، باب حجة النبي ﷺ.

وأما كون عرفة كلها موقف إلا بطن عرنة فلقول رسول الله ﷺ: «كل عرفة موقف وارفعوا عن بطن عرنة»[1] رواه ابن ماجة.

ولأن عرنة ليست من عرفة فلم يجزؤه الوقوف فيها كما لو وقف بمزدلفة.

فإن قيل: لم سميت عرفة بذلك؟

قيل: لأن الله تعالى يعرف الخلائق بالمغفرة أي يطيبهم ومنه قوله تعالى: ﴿عرفها لهم﴾ [محمد:٦] أي طيبها لهم.

وقيل: لأنه يوم اصطناع المعروف إلى أهل مكة.

وقيل: لأن إبراهيم عليه السلام عرّفه جبريل المناسك فقال له: عرفت.

وقيل: لأن آدم اجتمع مع حواء فتعارفا.

وأما قول المصنف رحمه الله: "وهي من الجبل ... إلى آخره"؛ فبيان لحد عرفة وتمييز لها مما ليس منها.

قال: (ويستحب أن يقف عند الصخرات وجبل الرحمة راكباً، وقيل: الراجل أفضل، ويكثر من الدعاء ومن قوله: لا إله إلا الله وحده لا شريك له له الملك وله الحمد يحيي ويميت وهو حي لا يموت بيده الخير وهو على كل شيء قدير. اللهم! اجعل في قلبي نوراً، وفي بصري نوراً، وفي سمعي نوراً، ويسر لي أمري).

أما استحباب الوقوف بالصخرات وجبل الرحمة فلأن في حديث جابر رضي الله عنه «أن النبي ﷺ جعل بطن ناقته القصواء إلى الصخرات وجعل حبل المشاة بين يديه»[2].

وأما أفضلية الوقوف راكباً على المذهب فلأنه فِعْل النبي ﷺ.

ولأن الوقوف راكباً أعون له على الدعاء.

وأما أفضلية الراجل على قولٍ فلأنه أكثر مشقة.

والأول أولى لما ذكر.

---

(١) أخرجه ابن ماجة في سننه (٣٠١٢) ٢: ١٠٠٢ كتاب المناسك، باب الموقف بعرفات.

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه (١٢١٨) ٢: ٨٨٦ كتاب الحج، باب حجة النبي ﷺ.

وأما إكثار الدعاء فلأنه يوم ترجى فيه الإجابة ولذلك استحب له الفطر يومئذ ليتقوى على الدعاء.

وأما استحباب قول: لا إله إلا الله ... إلى آخره فلما روي عن علي رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «أكثر دعاء الأنبياء قبلي ودعائي عشية عرفة: لا إله إلا الله وحده لا شريك له له الملك وله الحمد يحيي ويميت بيده الخير وهو على كل شيء قدير. اللهم! اجعل في قلبي نوراً ... إلى آخره»[1].

قال: (ووقت الوقوف من طلوع الفجر يوم عرفة إلى طلوع الفجر يوم النحر، فمن حصل بعرفة في شيء من هذا الوقت وهو عاقل تم حجه، ومن فاته ذلك فاته الحج).

أما كون وقت الوقوف كما ذكره المصنف رحمه الله فلأن رسول الله ﷺ قال: «من شَهد صلاتَنا هذه، ووقف معنا حتى ندفع، وقد وقف بعرفة قبل ذلك ليلاً أو نهاراً، فقد تم حَجُّهُ وقَضَى تَفَثَه»[2] قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح.

وحكي عن أبي حفص العكبري أنه لا يجزئ الوقوف إلا بعد الزوال، وحمل كلام الإمام أحمد رحمة الله عليه وهو قول أكثر أهل العلم؛ لأن النبي ﷺ لم يقف إلا بعد

---

(١) لم أجده هكذا. وقد أخرج الترمذي في جامعه عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال: «خير الدعاء دعاء يوم عرفة وخير ما قلت أنا والنبيون من قبلي: لا إله إلا الله وحده لا شريك له له الملك وله الحمد وهو على كل شيء قدير». (٣٥٨٥) ٥: ٥٧٢ كتاب الدعوات، باب في دعاء يوم عرفة.

قال الترمذي: هذا حديث غريب من هذا الوجه وحماد بن أبي حميد هو محمد بن أبي حميد وهو أبو إبراهيم الأنصاري المديني وليس هو بالقوي عند أهل الحديث.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (١٩٥٠) ٢: ١٩٦ كتاب المناسك، باب من لم يدرك عرفة.

وأخرجه الترمذي في جامعه (٨٩١) ٣: ٢٣٨ كتاب الحج، باب ما جاء فيمن ادرك الإمام بجمع فقد أدرك الحج.

وأخرجه النسائي في سننه (٣٠٤٣) ٥: ٢٦٤ كتاب مناسك الحج، فيمن لم يدرك صلاة الصبح مع الإمام بالمزدلفة.

وأخرجه ابن ماجة في سننه (٣٠١٦) ٢: ١٠٠٤ كتاب المناسك، باب من أتى عرفة قبل الفجر ليلة جمع.

وأخرجه أحمد في مسنده (١٨٣٢٦) ٤: ٢٦١.

وأخرجه الحاكم في المستدرك (١٧٠٠) ١: ٦٣٤ كتاب المناسك.

الزوال وكذلك أهل الأعصار من لدنه إلى الآن فلو كان قبل الزوال وقتاً ما اتفقوا على تركه .

والأول أولى لما ذكر .

ولأن ما بعد الزوال يجزئ الوقوف فيه فكذا قبله .

وأما فعل النبي ﷺ فمحمول على الأولى .

وأما تمام حج من وقف في شيء من الوقت المذكور وهو عاقل فلما تقدم من قوله ﷺ : « فقد تم حجه وقضى تفثه »[1] .

وأما فوات الحج لمن فاته ذلك ؛ فلما يأتي في باب الفوات[2] .

قال : (ومن وقف بها نهاراً أو دفع قبل غروب الشمس فعليه دم ، وإن وافاها ليلاً فوقف بها فلا دم عليه) .

أما وجوب الدم على من يقف بعرفة نهاراً ودفع منها قبل الغروب فلأن الوقوف إلى بعد الغروب على من ذكر واجب ؛ لأن النبي ﷺ وقف حتى غربت الشمس كذا في حديث جابر[3] . وقال : « خذوا عني مناسككم »[4] ، وإذا تركه فقد ترك واجباً في الحج وذلك موجب للدم لما يأتي فيمن ترك واجباً .

وأما عدم وجوب الدم على من وافاها ليلاً فوقف بها فلأنه لم يدرك جزءاً من النهار فلم يلزمه شيء كما لو أدرك من منزله دون الميقات من موضعه .

---

(١) سبق تخريجه في الحديث السابق.

(٢) ص: ٢٢٣.

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه (١٢١٨) ٢: ٨٨٦ كتاب الحج ، باب حجة النبي ﷺ .

(٤) سبق تخريجه ص: ١٧٠.

قال : (ثم يدفع بعد غروب الشمس إلى مزدلفة وعليه السكينة ، فإذا وجد فجوة أسرع ، فإذا وصل مزدلفة صلى المغرب والعشاء قبل حط الرحال ، فإن صلى المغرب في الطريق ترك السنة وأجزاه ، ومن فاتته الصلاة مع الإمام بمزدلفة أو بعرفة جمع وحده) .

أما دفعه من عرفة بعد غروب الشمس إلى مزدلفة على الصفة المذكورة فلأن في حديث جابر رضي الله عنه «أن النبي ﷺ دفع من عرفة وقد شنق القصواء بالزمام حتى إن رأسها ليصيب مورك رحله ويقول بيده اليمنى : أيها الناس ! السكينة السكينة »[1] .

وقد روي « أنه ﷺ كان يَسير العَنَقَ فإذا وجد فَجْوَةً نَصَّ . قال هشام بن عروة : النَّصُّ فَوق العَنَق »[2] متفق عليه .

وأما صلاته المغرب والعشاء إذا وصل إلى مزدلفة قبل حط الرحال فلأن في حديث أسامة بن زيد : « فلما جاء المزدلفة نزل فتوضأ فأسبغ الوضوء ثم أقيمت الصلاة فصلى المغرب ثم أناخ كل إنسان بعيره في منزله ثم أقيمت العشاء فصلاها و لم يصل بينهما »[3] متفق عليه .

وأما ترك السنة إذا صلى المغرب في طريقه فلأنه خلاف فعل رسول الله ﷺ .

وأما إجزاء ذلك فلأن كل صلاتين جاز الجمع بينهما جاز فعل كل واحدة في وقتها كالظهر والعصر بعرفة وحكم الجمع بعرفة من أنه هل هو مختص بمن بينه وبين وطنه مسافة القصر أو لا ؟

وأما جمع من فاتته الصلاة مع الإمام بمزدلفة أو بعرفة وحده فلأن ابن عمر رضي الله عنهما « كان إذا فاته الجمع بين الظهر والعصر مع الإمام جمع منفرداً » .

ولأن كل جمع جاز مع الإمام جاز منفرداً كالجمع في السفر .

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٢١٨) ٢: ٨٨٦ كتاب الحج ، باب حجة النبي ﷺ .

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (١٥٨٣) ٢: ٦٠٠ كتاب الحج ، باب السير إذا دفع من عرفة .
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٢٨٦) ٢: ٩٣٦ كتاب الحج ، باب الإفاضة من عرفات إلى المزدلفة...

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (١٥٨٨) ٢: ٦٠١ كتاب الحج ، باب الجمع بين الصلاتين بالمزدلفة .
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٢٨٠) ٢: ٩٣٥ كتاب الحج ، باب الإفاضة من عرفات إلى المزدلفة .

قال: (ثم يبيت بها فإن دفع قبل نصف الليل فعليه دم، وإن دفع بعده فلا شيء عليه، وإن وافاها بعد نصف الليل فلا شيء عليه، وإن جاء بعد الفجر فعليه دم).

أما بيتوتته بمزدلفة فلأن المبيت بها واجب «لأن النبي ﷺ بات بها»[1] وقال: «خذوا عني مناسككم»[2].

ولأنه ﷺ سماها موقفاً بقوله في حديث جابر: «المزدلفة كلها موقف»[3].

وأما وجوب الدم على من دفع قبل نصف الليل فلأن مبيت كل الليل أو أكثر واجب، وكلاهما مفقود فيمن ذكر فيكون تاركاً للمبيت بها فيجب عليه دم لتركه الواجب في الحج.

وأما عدم وجوب شيء على من دفع بعد نصف الليل فلأنه بات معظم الليل وحكم المعظم حكم الكل فلم يكن تاركاً للواجب. وفي حديث عائشة رضي الله عنها قالت: «أرسل رسول الله ﷺ بأم سلمة ليلة النحر فرمت قبل الفجر ثم أفاضت»[4] رواه أبو داود.

وعن أسماء رضي الله عنها «أنها نزلت ليلة جمع عند دار المزدلفة فقامت تصلي فصلت. ثم قالت: هل غاب القمر؟ قلت: نعم. قالت: فارتحلوا فارتحلنا ومضت حتى رمت الجمرة ثم رجعت فصلت الصبح في منزلها فقلت لها: يا هَنْتَاهُ! ما أُرانا إلا قد غَلَّسْنا. قالت: كلا إن رسول الله ﷺ أذن للظُّعن»[5] متفق عليه.

وإذا لم يكن واجباً لم يجب عليه الدم؛ لأنه فعل فعلاً جائزاً وذلك لا يوجب دماً كسائر الأفعال الجائزة.

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٢١٨) ٢: ٨٨٦ كتاب الحج، باب حجة النبي ﷺ، عن جابر بن عبدالله رضي الله عنهما.

(٢) سبق تخريجه ص: ١٧٠.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (١٩٠٧) ٢: ١٨٧ كتاب المناسك، باب صفة حجة النبي ﷺ.

(٤) أخرجه أبو داود في سننه (١٩٤٢) ٢: ١٩٤ كتاب المناسك، باب التعجيل من جمع.

(٥) أخرجه البخاري في صحيحه (١٥٩٥) ٢: ٦٠٣ كتاب الحج، باب من قدم ضعفة أهله بليل فيقفون بالمزدلفة ويدعون...
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٢٩١) ٢: ٩٤٠ كتاب الحج، باب استحباب تقديم الضعفة من النساء وغيرهن...

وأما عدم وجوب شيء على من وافاها بعد نصف الليل فلأنه لم يدرك جزءاً من النصف الأول فلم يتعلق به حكمه كمن أدرك الليل بعرفات دون النهار .

وأما وجوب الدم على من جاء بعد الفجر فلأنه لم يبت بمزدلفة .

ولأنه إذا وافى مزدلفة ودفع قبل نصف الليل يجب عليه دم فلأن يجب إذا لم يوافها ليلاً أصلاً بطريق الأولى .

قال : (وحد المزدلفة ما بين المأزمين ووادي محسر ، فإذا أصبح بها صلى الصبح ، ثم يأتي المشعر الحرام فيرقى عليه ويقف عنده ويحمد الله ويكبره فيدعو فيقول : اللهم! كما وقفتنا فيه وأريتنا إياه فوفقنا لذكرك كما هديتنا واغفر لنا وارحمنا كما وعدتنا بقولك وقولك الحق ﴿فإذا أفضتم من عرفات –إلى– غفور رحيم﴾ [البقرة:١٩٨-١٩٩] إلى أن يسفر).

أما قول المصنف رحمه الله : وحد المزدلفة ما بين المأزمين ووادي محسر فبيان لمواضع مزدلفة ليعلم ذلك لينزل بها الطائف عند وصوله وفي أي موضع منها نزل أجزأه لأن النبي ﷺ قال : « كل مزدلفة موقف »[١] رواه أبو داود .

وأما صلاته بها الصبح إذا أصبح وفعله ما ذكره المصنف رحمه الله إلى قوله : إلى أن يسفر فلأن في حديث جابر رضي الله عنه « أن رسول الله ﷺ صلى الصبح بها حين تبين له الصبح بأذان وإقامة . ثم ركب القصواء حتى أتى المشعر الحرام فاستقبل القبلة فدعا الله تعالى وكبر وهلله ووحده و لم يزل واقفاً حتى أسفر جداً »[٢] .

قال : (ثم يدفع قبل طلوع الشمس ، فإذا بلغ محسراً أسرع قدر رمية حجر).

أما دفعه من مزدلفة قبل طلوع الشمس فلأن النبي ﷺ كان يفعل ذلك ، قال عمر رضي الله عنه : « إن المشركين كانوا لا يفيضون حتى تطلع الشمس ويقولون : أشْرِق

(١) سبق تخريجه ص: ١٩٠.

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه (١٢١٨) ٢: ٨٨٦ كتاب الحج ، باب حجة النبي ﷺ .

ثَبِير كيما نُغِير . وإن رسـول الله ﷺ خالفـهم وأفـاض قبـل أن تطلـع الشـمس »[1] رواه البخاري .

وأما الإسراع قدر رمية حجر بوادي محسر وهو ما بين جمع ومنى فلأن جابراً رضي الله عنه قال في صفة حج النبي ﷺ « أنه لما أتى بطن محسر حرك قليلاً »[2] .

وروي عن عمر رضي الله عنه « أنه لما أتى محسراً أسرع وقال :

إليك تعدو قلقاً وضينها ... معترضاً في بطنها جنينها

مخالفاً دين النصارى دينها »[3] .

قال : (ويأخذ حصى الجمار من طريقه أو من مزدلفة ، ومن حيث أخذه جاز ، ويكون أكبر من الحمص ودون البندق وعدده سبعون حصاة) .

أما استحباب أخذ حصى الجمار من طريقه أو مزدلفة فلئلا يشتغل عند قدومـه إلى منى فإن الرمي تحية كما أن الطواف تحية المسجد فلا يبدأ بشيء قبله .

ولأنه إذا أخذه من غير منى كان أبعد من أن يكون قد رمي به .

و « كان ابن عمر رضي الله عنهما يأخذ الحصى من جمع »[4] .

وأما جوازه أخذه من أي موضع شاء فلا خلاف فيه ، وفي الحديث أن ابـن عبـاس رضي الله عنهما قـال : « قـال رسـول الله ﷺ غـداة العقبـة وهـو علـى ناقتـه : القـط لي حصى . فلقطت له سبع حصيات من حصى الخَذْف فجعل ينفضهن في كفـه ويقـول : أمثال هؤلاء فارموا ... مختصر »[5] رواه ابن ماجة .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (١٦٠٠) ٢: ٦٠٤ كتاب الحج ، باب متى يدفع من جمع .

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه (١٢١٨) ٢: ٨٨٦ كتاب الحج ، باب حجة النبي ﷺ .

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (١٥٦٤٠) ٣: ٤١١ كتاب الحج، في الإيضاع في وادي محسّر.

(٤) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٥: ١٢٨ كتاب الحج ، باب أخذ الحصى لرمـي جمـرة العقبـة وكيفية ذلك .

(٥) أخرجه النسائي في سننه (٣٠٥٩) ٥: ٢٦٩ كتاب مناسك الحج، قدر حصى الرمي.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٣٠٢٩) ٢: ١٠٠٨ كتاب المناسك ، باب قدر حصى الرمي .

وابن عباس إنما لقط من منى ؛ لأنه كان فيمن قدم النبي[1]ﷺ من جمع في ضعفة الناس .

وأما كونه أكبر من الحمص ودون البندق فلما تقدم في حديث ابن عباس «أنه التقط من حصى الخَذْف فقال النبيﷺ : أمثال هذا فارموا»[2] .

وروي عن النبيﷺ أنه قال : «يا أيها الناس ! إذا رميتم الجمرة فارموا بمثل حصى الخَذْف»[3] رواه أبو داود وابن ماجة .

وأما كون عدده سبعين فلأنه يرمي جمرة العقبة يوم النحر بسبع ويرمي الجمرات الثلاث كل يوم من أيام التشريق كل جمرة بسبع حصيات فيكون مجموع ذلك سبعين حصاة .

قال : (فإذا وصل منى وحدها من وادي محسر إلى العقبة بدأ بجمرة العقبة فرماها بسبع حصيات واحدة بعد واحدة يكبر مع كل حصاة . ويرفع يده حتى يرى بياض إبطه ولا يقف عندها) .

أما كون حد منى من وادي محسر إلى العقبة فلأن عطاء قال ذلك .

فعلى هذا ليس محسر والعقبة من منى ؛ لأن الحد غير المحدود .

فإن قيل : لم سميت منى بذلك ؟

قيل : لأنها قدر فيها موت الضحايا والهدايا يقال منى بمنى أي قدر . قال الشاعر :

ولا تقولن لشيء سوف أفعله ... حتى تلاقي ما يمني لك الماني

أي يقدر لك المقدر .

وأما بُداءته بجمرة العقبة فلأن النبيﷺ هكذا فعل[4] .

---

(١) في ج: قدم على النبي.

(٢) سبق تخريجه في الحديث السابق.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (١٩٦٦) ٢: ٢٠٠ كتاب المناسك ، باب في رمي الجمار .
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٣٠٢٨) ٢: ١٠٠٨ كتاب المناسك ، باب قدر حصى الرمي .

(٤) كذا في حديث جابر رضي الله عنه قال: «ثم سلك الطريق الوسطى التي تخرج على الجمرة الكبرى حتى أتى الجمرة التي عند الشجرة فرماها بسبع حصيات» . أخرجه مسلم في صحيحه (١٢١٨) ٢: ٨٨٦ كتاب الحج ، باب حجة النبيﷺ .

وجمرة العقبة هي آخر الجمرات مما يلي منى وأولها مما يلي مكة وهي عند العقبة ولذلك سميت جمرة العقبة .

وأما رميها بسبع حصيات يكبر مع كل واحدة فلما روى الفضل بن عباس رضي الله عنهما « أن النبي ﷺ رماها بسبع حصيات يكبر مع كل حصاة »[1] . رواه حنبل .

وأما قول المصنف رحمه الله : واحدة بعد واحدة ففيه تنبيه على أنه لو رماها مرة واحدة لم تجزئه وهو صحيح ؛ « لأن النبي ﷺ رمى سبع رميات »[2] وقال : « خذوا عني مناسككم »[3] .

فعلى هذا يجزئه ولكن عن واحدة ويلزمه رمي تكملة سبع .

وأما رفع يده حتى يرى بياض إبطه فلأنه أعون على الرمي وأمكن .

وأما عدم وقوفه عند جمرة العقبة فلما روى ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهم « أن النبي ﷺ كان إذا رمى جمرة العقبة انصرف ولم يقف »[4] رواه ابن ماجة .

قال : (ويقطع التلبية مع ابتداء الرمي . فإن رمى بذهب أو فضة أو غير الحصى أو حجر رُمي به مرة لم يجزئه) .

أما قطع التلبية مع ابتداء الرمي فلما روى الفضل بن عباس رضي الله عنهما « أن النبي ﷺ لم يزل يلبي حتى رمى جمرة العقبة »[5] .

وفي لفظة : « قطع عند أول حصاة » رواه حنبل في المناسك .

وأما عدم إجزائه رمي الذهب والفضة فـ « لأن النبي ﷺ رمى بالحصى »[1] وقال : « خذوا عني مناسككم »[2] .

---

(١) أخرجه أحمد في مسنده (١٨١٥) ١: ٢١٢ .

(٢) قال جابر: «فرماها بسبع حصيات . يكبر مع كل حصاة منها» .
أخرجه مسلم في صحيحه (١٢١٨) ٢: ٨٨٦ كتاب الحج ، باب حجة النبي ﷺ .

(٣) سبق تخريجه ص: ١٧٠.

(٤) أخرجه ابن ماجة في سننه (٣٠٣٢) عن ابن عمر . و (٣٠٣٣) عن ابن عباس . ٢: ١٠٠٩ كتاب المناسك ، باب إذا رمى جمرة العقبة لم يقف عندها .

(٥) أخرجه البخاري في صحيحه (١٤٦٩) ٢: ٥٥٩ كتاب الحج ، باب الركوب والارتداف في الحج .
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٢٨١) ٢: ٩٣١ كتاب الحج ، باب استحباب إدامة الحاج التلبية حتى يشرع في رمي جمرة العقبة يوم النحر .

ولأن قياس الذهب والفضة على الحصى يقتضي علة جامعة والرمي بالحصى تعبدي .

وأما قوله أو غير الحصى فيحتمل أنه أراد به الكحل والبرام والرخام وما أشبه ذلك . فإن أبا الخطاب قال : فإن رمى بغير الحصى مثل الكحل والرخام والبرام . ثم صرح بأنه لا يجزئ وعليه ما ذكر في الذهب والفضة ، ويحتمل أنه أراد الحجر الكبير ، وفي ذلك روايتان :

أحدهما : لا يجزئ ؛ « لأن النبي ﷺ لما أتاه ابن عباس رضي الله عنهما بحصى الخَذْف قال : أمثال هذا فارموا »[3] .

والثانية : يجزئ ؛ لأن الغرض الرمي وهو حاصل بالكبير ، وفعل النبي ﷺ وأمره محمول على الأَوْلى .

وأما عدم إجزاء الرمي بحجر رُمي به مرة فلأنه استُعمل في عبادة فلم يجزئ استعماله في غيرها كماء الوضوء .

قال : (ويرمي بعد طلوع الشمس فإن رمى بعد نصف الليل أجزأه) .

أما استحباب رميه بعد طلوع الشمس فلما روى جابر رضي الله عنه قال : « رأيت رسول الله ﷺ يرمي الجمرة ضحى يوم النحر ... مختصر »[4] رواه مسلم .

وعن النبي ﷺ « أنه قال لأغيلمة بني عبدالمطلب : أُبَيْنِيّ لا ترموا الجمرة حتى تطلع الشمس »[5] رواه ابن ماجة .

⇨

(١) أخرجه أبو داود في سننه (١٩٤٤) ٢: ١٩٥ كتاب المناسك ، باب التعجيل من جمع ، عن جابر بن عبدالله رضي الله عنهما .

(٢) سبق تخريجه ص: ١٧٠.

(٣) سبق تخريجه ص: ١٩٢.

(٤) أخرجه مسلم في صحيحه (١٢٩٩) ٢: ٩٤٥ كتاب الحج، باب بيان وقت استحباب الرمي.

(٥) أخرجه أبو داود في سننه (١٩٤٠) ٢: ١٩٤ كتاب المناسك، باب التعجيل من جمع.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٣٠٢٥) ٢: ١٠٠٧ كتاب المناسك ، باب من تقدم من جمع إلى منى لرمي الجمار .

وأما إجزاؤه الرمي بعد نصف الليل فلما روت عائشة رضي الله عنها «أن النبي ﷺ أمر أم سلمة ليلة النحر فرمت جمرة العقبة قبل النحر ثم مضت فأفاضت»[1] رواه أبو داود.

وفي لفظ قال لأم سلمة: «وافي الفجر بمكة»[2] رواه حنبل.

قال: (ثم ينحر هدياً إن كان معه. ويحلق أو يقصر من جميع شعره. وعنه: يجزؤه بعضه كالمسح. والمرأة تقصر من شعرها قدر الأنملة. ثم قد حل له كل شيء إلا النساء. وعنه: إلا الوطء في الفرج).

أما نحره الهدي إن كان معه بعد رميه فلما روى جابر رضي الله عنه في صفة حج النبي ﷺ «أنه رمى من بطن الوادي ثم انصرف إلى المنحر فنحر ثلاثاً وستين بدنة ثم أعطى علياً فنحر ما غَبَرَ»[3].

وأما تخييره بين الحلق والتقصير؛ فلأن النبيﷺ دعى لهما.

ولأن بعض الصحابة رضي الله عنهم قصر ولم ينكر عليه. ولكن الحلق أفضل ولذلك قدمه المصنف رحمه الله.

و «لأن النبي ﷺ دعى للمحلقين ثلاثاً وللمقصرين مرة»[4].

وأما مقدار ما يقصر ففيه روايتان:

أحدهما: يجب التقصير من جميعه لقوله سبحانه: ﴿محلقين رؤوسكم ومقصرين﴾ [الفتح:٢٧].

و «لأن النبي ﷺ حلق جميع رأسه»[5]، والتقصير بدل منه وقد أمرنا بالتَّأسِّي.

والثانية: يجزئ بعضه قياساً على المسح.

وأما تقصير المرأة من شعرها قدر الأنملة فمشعر بأمرين:

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (١٩٤٢) ٢: ١٩٤ كتاب المناسك، باب التعجيل من جمع.
(٢) أخرجه أحمد في مسنده (٢٦٥٣٥) ٦: ٢٩١.
(٣) أخرجه مسلم في صحيحه (١٢١٨) ٢: ٨٨٦ كتاب الحج، باب حجة النبي ﷺ.
(٤) أخرجه البخاري في صحيحه (١٦٤١) ٢: ٦١٧ كتاب الحج، باب الحلق والتقصير عند الإحلال.
(٥) أخرجه البخاري في صحيحه (١٦٣٩) ٢: ٦١٦ كتاب الحج، باب الحلق والتقصير عند الإحلال.

أحدهما: أنه لا يشرع في حقها حلق بل تقصير وهو صحيح لما روى ابن عباس رضي الله عنها قال: قال رسول الله ﷺ: «ليس على النساء حلق إنما على النساء التقصير»[1] رواه أبو داود.

وعن علي رضي الله عنه قال: «نهى رسول الله ﷺ أن تحلق المرأة رأسها»[2] رواه الترمذي.

وثانيهما: تقدير التقصير بالأنملة لأنه يروى عن ابن عمر.

وأما حل كل شيء له إلا النساء إذا فعل ما تقدم ذكره من رمي ونحر وحلق فلما روت عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: «إذا رمى جمرة العقبة وحلق رأسه فقد حل له كل شيء إلا النساء»[3] رواه الأثرم.

وعن عائشة رضي الله عنها قالت: «طيبت رسول الله ﷺ لحله حين أحل قبل أن يطوف بالبيت ... مختصر»[4] متفق عليه.

وأما حل النساء ففيه روايتان:

أحدهما: لا يحل؛ لأن النبي ﷺ استثناهن في الحديث المتقدم.

فعلى هذا لا يباح له وطء ولا تزويج ولا تقبيل لأن ذلك كان حراماً، وقوله ﷺ: «إلا النساء»[5] يحتمل شموله له فلم يصلح ما قبله للإباحة فوجب بقاؤه على ما كان.

والثانية: يحل له كل ذلك إلا الوطء في الفرج؛ لأن تحريم المرأة ظاهر في وطئها فيكون معنى الحديث: إذا رمى أحدكم جمرة العقبة وحلق حل له كل شيء إلا وطء النساء.

والأول أولى لما تقدم.

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (١٩٨٥) ٢: ٢٠٣ كتاب المناسك، باب الحلق والتقصير.

(٢) أخرجه الترمذي في جامعه (٩١٤) ٣: ٢٥٧ كتاب الحج، باب ما جاء في كراهية الحلق للنساء.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (١٩٧٨) ٢: ٢٠٢ كتاب المناسك، باب في رمي الجمار.
وأخرجه أحمد في مسنده (٢٥١٤٦) ٦: ١٤٣.

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه (١٤٦٥) ٢: ٥٥٨ كتاب الحج، باب الطيب عند الإحرام وما يلبس إذا أراد أن يحرم ويترجل ويدهن.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١١٨٩) ٢: ٨٤٦ كتاب الحج، باب الطيب للمحرم عند الإحرام.

(٥) سبق تخريجه قبل قليل.

والجواب عن ظهور التحريم في الوطء أن تحريم المرأة في الحج ليس مختصاً وفاقاً فوجب أن يحمل على المعهود فيه وذلك ما ذكر .

قال : (والحلق والتقصير نسك إن أخره عن أيام منى فهل يلزمه دم؟ على روايتين . وعنه : أنه إطلاق من محظور لا شيء في تركه . ويحصل التحلل بالرمي وحده) .

أما كون الحلق والتقصير نسكاً على الصحيح في المذهب فلقوله تعالى : ﴿لتدخلن المسجد الحرام إن شاء الله آمنين محلقين رؤوسكم ومقصرين﴾ [الفتح:٢٧].

ولأن النبي ﷺ أمر به بقوله : «وليقصر وليحلل»[١] .

وقوله ﷺ : «إنما على النساء التقصير»[٢] .

وأما كونه إطلاقاً من محظور على روايةٍ «فلأن النبيﷺ قال لأبي موسى رضي الله عنه لما قال : أهللتُ بإهلالٍ كإهلال رسول اللهﷺ : طف بالبيت وبالصفا وبالمروة ثم حل»[٣] متفق عليه .

وقال في حديث جابر : «من كان منكم ليس معه هدي فليحل وليجعلها عمرة»[٤] رواه مسلم .

وقال في حديث سراقة : «إذا قدمتم فمن تَطَوّف بالبيت فقد حل إلا من كان معه هدي»[٥] رواه مسلم .

أمر بالحل من غير حلق ولا تقصير ولو كان ذلك نسكاً لما أمر به إلا بعده .

ولأن كل واحد من الحلق والتقصير محرّم في الإحرام فلم يكن نسكاً كالطيب .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (١٦٠٦) ٢: ٦٠٧ كتاب الحج ، باب من ساق البدن معه .
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٢٢٧) ٢: ٩٠١ كتاب الحج ، باب وجوب الدم على المتمتع...

(٢) سبق تخريجه ص: ١٩٧.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٤١٣٦) ٤: ١٥٩٧ كتاب المغازي ، باب حجة الوداع .
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٢٢١) ٢: ٨٩٤ كتاب الحج ، باب في نسخ التحلل من الإحرام والأمر بالتمام .

(٤) أخرجه مسلم في صحيحه (١٢١٨) ٢: ٨٩١ كتاب الحج ، باب حجة النبي ﷺ .

(٥) أخرجه أبو داود في سننه (١٨٠١) ٢: ١٥٩ كتاب المناسك، باب في الإقران. و لم أره عند مسلم.

فعلى قولنا هو نسك هل يجب عليه دم إذا أخره عن أيام منى ؟ فيه روايتان :

أحدهما : لا دم عليه لأن الله تعالى قال :﴿ولا تحلقوا رؤوسكم حتى يبلغ الهدي محله﴾ [البقرة:١٩٦] فبين أول وقته و لم يخصه فيما بعد ذلك بوقت .

ولأنه نسك فلم يكن عليه دم بتأخيره كالسعي .

والثانية : عليه دم ؛ لأنه ترك النسك في وقته أشبه تأخير الرمي .

والأول أولى لما ذكر .

وعلى قولنا هو إطلاق من محظور هو مخير بين فعله في أيام منى وبين تأخيره وبين تركه والأخذ من بعضه دون بعض ؛ لأنه ليس بواجب أشبه سائر ما ليس بواجب .

وأما قول المصنف رحمه الله : ويحصل التحلل بالرمي وحده فيحتمل أنه معطوف على قوله : لا شيء في تركه فيكون من تكملة قوله : وعنه أنه إطلاق من محظور .

فعلى هذا يكون حصول التحلل بالرمي وحده على قولنا : الحلق إطلاق من محظور لا على قولنا : هو نسك ، ويعضده قوله فيما تقدم : ثم قد حل له كل شيء إلا النساء ؛ لأن ظاهره أن التحلل إنما يحصل بالرمي والحلق معاً ؛ لأنه ذكر التحلل بلفظ ثم بعد ذكر الرمي والحلق ، ويحتمل أنه مستقل وأن التحلل يحصل بالرمي وحده وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله . وفي الجملة فيما يحصل به التحلل روايتان :

أحدهما : لا يحصل إلا بهما ؛ لأن النبيﷺ قال في حديث عائشة رضي الله عنها : «إذا رمى أحدكم جمرة العقبة وحلق رأسه فقد حل له كل شيء إلا النساء»[1] رواه الأثرم . رتب الحِل عليهما فلا يحصل إلا بهما .

ولأنهما نسكان يعقبهما الحل فكان حاصلاً بهما كالطواف والسعي في العمرة .

والرواية الثانية : أنه يحصل بالرمي وحده .

قال المصنف رحمه الله في المغني : هذا هو الصحيح .

ولأن في حديث أم سلمة رضي الله عنها أن النبيﷺ قال : «إن هذا يوم رخص لكم فيه إذا رميتم الجمرة أن تحلوا من كل شيء حرم فيه إلا النساء»[2] .

---

(١) سبق تخريجه ص: ١٩٧.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (١٩٩٩) ٢: ٢٠٧ كتاب المناسك ، باب الافاضة في الحج .

وحديث عائشة رضي الله عنها رواه أبو داود ، ولم يذكر : وحلق رأسه . وفيه نظر ؛ لأنه إذا لم يذكر ذلك فيما ذكر فقد ذكره في غيره . وتحقيق الكلام في التحلل هل الأنساك ثلاثة أم اثنتان ؟ فيه روايتان :

أحدهما : ثلاثة : رمي وحلق وطواف .

والثانية : هما نسكان رمي وطواف .

فعلى الأول يحصل التحلل الأول بفعل اثنين من الثلاثة ويحصل التحلل الثاني بفعل الثالث .

وعلى الثانية : يحصل الأول بفعل واحد من اثنين والثاني بالثاني .

وإنما نص المصنف رحمه الله على الرمي وغيره على الرمي والحلق ؛ لأنهما يفعلان قبل الطواف إما استحباباً وإما وجوباً وعلى كل تقدير لو قدم المؤخر حصل التحلل على ما ذكر قبل .

قال : (وإن قدم الحلق على الرمي أو النحر ناسياً أو جاهلاً فلا شيء عليه ، وإن كان عالماً فهل عليه دم ؟ على روايتين) .

أما عدم وجوب شيء على من قدم الحلق على الرمي أو النحر جاهلاً فلما روى ابن عمر رضي الله عنهما قال : «قال رجل : يا رسول الله! حلقت قبل أن أذبح . قال : اذبح ولا حرج ... مختصر»[1] .

وعن ابن عباس رضي الله عنهما عن النبي ﷺ «أنه قيل له يوم النحر وهو بمنى : في النحر والحلق والرمي والتقديم والتأخير فقال : لا حرج»[2] متفق عليهما .

وأما عدم وجوب شيء على من قدم ذلك ناسياً فلأن الناسي كالجاهل .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (١٦٤٩) ٢: ٦١٨ كتاب الحج ، باب الفتيا على الدابة عند الجمرة .
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٣٠٦) ٢: ٩٤٨ كتاب الحج ، باب من حلق قبل النحر ، أو نحر قبل الرمي .

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (١٦٤٨) ٢: ٦١٨ كتاب الحج ، باب إذا رمى بعد ما أمسى ، أو حلق قبل أن يذبح ناسياً أو جاهلاً .
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٣٠٧) ٢: ٩٥٠ كتاب الحج ، باب من حلق قبل النحر ، أو نحر قبل الرمي .

وأما من قدم ذلك عالماً ففيه روايتان :

أحدهما : لا دم عليه لما ذكر قبل .

والرواية الثانية : عليه دم لأن ما تقدم المراد به الجاهل والناسي ؛ لأن في بعض ألفاظ الحديث : «أن رجلاً سأله فقال : لم أشعر»[1] .

وفي رواية مسلم من حديث عبدالله بن عمرو قال : «فجاء رجل فقال : لم أشعر فحلقت قبل أن أذبح... وذكر الحديث قال : فما سمعته سئل يومئذ عن أمر مما ينسى المرء أو يجهل من تقديم بعض الأمور قبل بعض وأشباهها إلا قال : افعلوا ذلك ولا حرج»[2] .

ولأن النبي ﷺ رتب وأمر باتباعه استثني منه حالة الجهل والنسيان فيبقى ما عداه على الأصل .

ويمكن الجواب عن كون السائل جاهلاً بأن إباحة ذلك للجاهل لا تنفي جوازه للعالم ، وعن فعل النبي ﷺ بأنه فعله لكونه أولى لا لوجوبه .

قال : (ثم يخطب الإمام خطبة يعلمهم فيها النحر والإفاضة والرمي) .

أما استحباب الخطبة بمنى فلما روى ابن عباس رضي الله عنهما «أن النبي ﷺ خطب الناس يوم النحر»[3] رواه البخاري .

وأما استحباب تعليمهم ما ذكر فلدعوى الحاجة إليه قال عبدالرحمن بن معاذ : «خطبنا رسول الله ﷺ ونحن في منى فطفق يعلمهم مناسكهم حتى بلغ الجمار»[4] رواه أبو داود .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (١٦٤٩) ٢: ٦١٨ كتاب الحج ، باب إذا رمى بعد ما أمسى ، أو حلق قبل أن يذبح ناسياً أو جاهلاً .

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه (١٣٠٦) ٢: ٩٤٨ كتاب الحج ، باب من حلق قبل النحر ، أو نحر قبل الرمي .

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (١٦٥٢) ٢: ٦١٩ كتاب الحج ، باب الخطبة أيام منى .

(٤) أخرجه أبو داود في سننه (١٩٥٧) ٢: ١٩٨ كتاب المناسك ، باب ما يذكر الإمام في خطبته بمنى .

قال: (ثم يفيض إلى مكة ويطوف للزيارة، ويُعَيِّنه بالنية، وهو: الطواف الواجب الذي به تمام الحج، وأول وقته بعد نصف الليل من ليلة النحر، والأفضل فعله يوم النحر، فإن أخره عنه وعن أيام منى جاز).

أما إفاضته إلى مكة بعد خطبته بمنى وطوافه للزيارة فلأن النبي ﷺ هكذا فعل. قالت عائشة رضي الله عنها: «حججنا مع رسول الله ﷺ فأفضنا يوم النحر»[1] متفق عليه.

وأما تعيينه بالنية فلأن الطواف بالبيت صلاة والصلاة لا تصح إلا بنية معينة.

وأما كون الطواف المذكور هو الواجب فلأن الله سبحانه وتعالى قال: ﴿وَلْيَطَّوَّفُوا بِالْبَيْتِ الْعَتِيقِ﴾ [الحج:٢٩].

وعن عائشة رضي الله عنها «أن النبي ﷺ أراد من صفية ما يريد الرجل من أهله. فقلت: يا رسول الله! إنها حائض. قال: أحابستنا هي؟ قالوا: يا رسول الله! أفاضت يوم النحر. قال: اخرجوا»[2] رواه البخاري.

وأما كونه هو الذي به تمام الحج فلأنه لم يبق من أركان الحج سواه فإذا أتى به حصل تمام الحج.

فإن قيل: في لفظ الحديث المتقدم: «من صلى صلاتنا وإلى قوله: وكان قد وقف بعرفة قبل ذلك ليلاً أو نهاراً فقد تم حجه»[3] ولم يذكر الطواف.

قيل: المراد بذلك أن من وقف بعرفة لم يبق حجه متعرضاً للفوات؛ لأن الطواف وإن كان ركناً لكنه ليس له وقت معين يفوت بفواته لا أنه لم يبق له شيء من أركانه.

وأما كون أول وقته بعد نصف الليل من ليلة النحر فـ «لأن أم سلمة رضي الله عنها رمت ثم طافت ثم رجعت فوافت النبي ﷺ عند جمرة العقبة وبينها وبين مكة فرسخان».

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٤١٤٠) ٤: ١٥٩٨ كتاب المغازي، باب حجة الوداع.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٢١١) ٢: ٩٦٥ كتاب الحج، باب بيان وجوه الإحرام.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٤١٤٠) ٤: ١٥٩٨ كتاب المغازي، باب حجة الوداع.

(٣) سبق تخريجه ص: ١٨٧.

وأما كون الأفضل فعله يوم النحر فلأن النبيﷺ فعله . كذلك ذكرته عائشة رضي الله عنها[1] .

وأما جواز تأخيره عن يوم النحر وعن أيام التشريق فلأن الله تعالى أمر بالطواف مطلقاً .

ولأنه لم يدل دليل على عدم جوازه فيما بعد أيام التشريق فوجب أن يجزئ في غيرها بالقياس عليها . ويمكن أن يقال في قوله :﴿وليطوفوا﴾ [الحج:٢٩] دليل على إرادة أيام التشريق وذلك أن الله تعالى عطفه على قوله :﴿ليذكروا اسم الله على ما رزقهم من بهيمة الأنعام﴾ [الحج:٣٤] وذلك عطف للطواف على النحر فوجب أن يتوقت بوقته وهذا متجه وبه قال أبو حنيفة . وأجاب صاحب النهاية عن ذلك بأن الطواف ينجبر بالقضاء فوجب أن يجزئ من غير دم كالصلاة .

وفي قوله : ينجبر بالقضاء نظر من حيث إنه إذا قال : ليس لآخره وقت يكون فعله بعد أيام التشريق أداء لا قضاء .

قال : (ثم يسعى بين الصفا والمروة إن كان متمتعاً أو لم يكن سعى مع طواف القدوم، وإن كان قد سعى لم يسع، ثم قد حل له كل شيء) .

أما سعي المتمتع بعد إفاضته من مكة وطوافه بالبيت وإن كان قد سعى فلأن السعي المتقدم لعمرته وحينئذ لحجه بخلاف المفرد والقارن .

وأما غيره من مفرد وقارن فينظر فيهما فإن كانا قد سعيا لم يسعيا بعد طوافهما للزيارة ؛ لأن جابراً قال : « لم يطف النبي ولا أصحابه بين الصفا والمروة إلا طوافاً واحداً طوافه الأول »[2] رواه مسلم .

وإن لم يكونا سعيا عقيب طواف القدوم أو لم يطوفا طواف القدوم سَعَيا حينئذ لأنه إما ركن أو سنة على ما يبين بعد إن شاء الله تعالى والكل مطلوب الوجود .

---

(١) سبق تخريجه قريباً.

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه (١٢٧٩) ٢: ٩٣٠ كتاب الحج ، باب بيان أن السعي لا يكرر .

وأما حل كل شيء لمن فعل جميع ما تقدم ذكره من طواف الزيارة والرمي والنحر والحلق فلقول ابن عمر رضي الله عنهما : « لم يحل النبي ﷺ من شيء حرم منه حتى قضى حجه ونحر هديه يوم النحر فأفاض بالبيت ثم حل من كل شيء حرم منه »[١] .

وعن عائشة رضي الله عنها مثله[٢] متفق عليهما .

وقول المصنف رحمه الله : ثم حل بعد قوله سعى يدل على توقف الحل على السعي وهو كذلك إن قلنا هو ركن أو واجب ، وإن قلنا هو سنة فقال المصنف رحمه الله في المغني : احتمل أن يحل عقيب الطواف قبل السعي لأنه لم يبق عليه واجب من الحج ، واحتمل أن لا يحل حتى يسعى لأنه من أفعال الحج فيأتي به في إحرام الحج .

قال : (ثم يأتي زمزم فيشرب منها لما أحب ويتضلع منه ويقول : بسم الله ، اللهم اجعله لنا علماً نافعاً ، ورزقاً واسعاً ، ورياً وشبعاً وشفاء من كل داء ، واغسل به قلبي ، واملأه من خشيتك)[٣] .

أما إتيانه زمزم بعد سعيه وشربه منه فلما روى جابر رضي الله عنه في صفة حج النبي ﷺ قال : « ثم أتى بني عبدالمطلب وهم يسقون فناولوه فشرب منه »[٤] .

وأما قصده بشربه ما أحب فلما روي أن النبي ﷺ قال : « ماء زمزم لما شرب له »[٥] رواه ابن ماجة .

وأما تضلعه منه فـ « لأن ابن عباس رضي الله عنهما قال لرجل تضلع منها : فإن رسول الله ﷺ قال : إن آية ما بيننا وبين المنافقين لا يتضلعون من زمزم »[٦] رواه ابن ماجة .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (١٦٠٦) ٢: ٦٠٧ كتاب الحج ، باب من ساق البدن معه .
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٢٢٧) ٢: ٩٠١ كتاب الحج ، باب وجوب الدم على المتمتع...

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه ٢: ٦٠٧ كتاب الحج ، باب من ساق البدن معه .
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٢٢٨) ٢: ٩٠٢ كتاب الحج ، باب وجوب الدم على المتمتع...

(٣) في المقنع: خشيتك وحكمتك .

(٤) أخرجه مسلم في صحيحه (١٢١٨) ٢: ٨٩١ كتاب الحج ، باب حجة النبي ﷺ .

(٥) أخرجه ابن ماجة في سننه (٣٠٦٢) ٢: ١٠١٨ كتاب المناسك ، باب الشرب من زمزم .

(٦) أخرجه ابن ماجة في سننه (٣٠٦١) ٢: ١٠١٧ كتاب المناسك ، باب الشرب من زمزم .

وأما الدعاء عند الشرب بما ذكر فلأنه لائق به وهو متضمن لمصلحتي الدنيا والآخرة .

ولأنه قد تقدم أن «ماء زمزم لما شرب له»[1] فإذا دعى رجي حصوله .

(١) سبق تخريجه قبل قليل .

فصل (في بقية أعمال الحج)

قال المصنف رحمه الله: (ثم يرجع إلى منى ولا يبيت بمكة ليالي منى، ويرمي الجمرات بها[1] بعد الزوال كل جمرة بسبع حصيات، فيبدأ بالجمرة الأولى وهي أبعدهن من مكة وتلي مسجد الخيف فيجعلها عن يساره ويرميها بسبع، ثم يتقدم قليلاً يدعو الله تعالى ويطيل، ثم يأتي الوسطى فيجعلها عن يمينه ويرميها بسبع ويقف عندها فيدعو، ثم يرمي جمرة العقبة بسبع ويجعلها عن يمينه ويستبطن الوادي ولا يقف عندها، ويستقبل القبلة في الجمرات كلها).

أما رجوعه إلى منى وعدم مبيته بمكة ليالي منى ورميه الجمرات الثلاث بها في أيام التشريق بعد الزوال كل جمرة بسبع حصيات ووقوفه عند الأولى ودعاؤه وإطالته ذلك عند الجمرة الأولى والثانية وعدم وقوفه عند الثالثة فلما روت عائشة رضي الله عنها قالت: «أفاض رسول الله ﷺ من آخر يومه حين صلى الظهر، ثم رجع إلى منى فمكث بها ليالي أيام التشريق يرمي الجمرة إذا زالت الشمس كل جمرة بسبع حصيات يكبر مع كل حصاة ويقف عند الأولى والثانية ويطيل المقام ويتضرع ويرمي الثالثة ولا يقف عندها»[2] رواه أبو داود.

---

(١) في المقنع: بها في أيام التشريق.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (١٩٧٣) ٢: ٢٠١ كتاب المناسك، باب في رمي الجمار.

وأما بداءته بالجمرة الأولى وجعلها عن يساره وجعل الثانية عن يمينه واستبطانه الوادي بالثالثة واستقباله القبلة في الجمرات كلها فلما روى البخاري رضي الله عنه عن ابن عمر رضي الله عنهما «أنه كان يرمي الجمرة الأولى بسبع حصيات يكبر على إثر كل حصاة . ثم يتقدم فيقوم قياماً طويلاً ويرفع يديه . ثم يرمي الوسطى . ثم يأخذ بذات الشمال فيهل ويقوم مستقبل القبلة قياماً طويلاً . ثم يرمي جمرة العقبة من بطن الوادي ولا يقف عندها . ثم ينصرف ثم قال : هكذا رأيت النبي ﷺ يفعل »[1] .

وأما قوله : وهي أبعدهن من مكة وتلي مسجد الخيف فبيان للجمرة الأولى وتمييز لها .

قال : (والترتيب شرط في الرمي ، وفي عدد الحصى روايتان :

أحدهما : سبع .

والأخرى : يجزؤه خمس ، فإن أخل بحصاة واجبة من الأولى لم يصح رمي الثانية ، فإن لم يعلم من أيّ الجمار تركها بنى على اليقين) .

أما كون الترتيب في الرمي شرطاً ومعناه : أن يبدأ بالجمرة التي تلي مسجد الخيف ثم بالتي تليها ثم بالتي تليها كما ذكر المصنف رحمه الله قبل فلأن النبي ﷺ هكذا فعل[2] ، وقال : « خذوا عني مناسككم »[3] .

ولأن الرمي نسك متكرر فكان الترتيب فيه شرطاً كالسعي .

وأما عدد الحصى ففيه روايتان :

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (١٦٦٥) ٢: ٦٢٣ كتاب الحج ، باب رفع اليدين عند جمرة الدنيا والوسطى .

(٢) عن الزهري « أن رسول الله ﷺ كان إذا رمى الجمرة التي تلي مسجد منى ، يرميها بسبع حصيات ، يكبر كلما رمى بحصاة ، ثم تقدم أمامها فوقف مستقبل القبلة رافعاً يديه يدعو ، وكان يطيل الوقوف ، ثم يأتي الجمرة الثانية فيرميها بسبع حصيات ، يكبر كلما رمى بحصاة ، ثم ينحدر ذات اليسار مما يلي الوادي ، فيقف مستقبل القبلة رافعاً يديه يدعو ، ثم يأتي الجمرة التي عند العقبة ، فيرميها بسبع حصيات ، يكبر عند كل حصاةٍ ثم ينصرف ، ولا يقف عندها » .
أخرجه البخاري في صحيحه (١٦٦٦) ٢: ٦٢٤ كتاب الحج ، باب الدعاء عند الجمرتين .

(٣) سبق تخريجه ص: ١٧٠.

أحدهما : يجب أن يرمي بسع « لأن النبيﷺ رمى بسبع »[1] ، وقال : « خذوا عني مناسككم »[2] .

والرواية الثانية : يجزؤه خمس وست لما روى سعد قال : « رجعنا من الحجة مع رسول الله ﷺ بعضنا يقول : رميت بست وبعضنا يقول : رميت بسبع فلم يعب ذلك بعضنا على بعض »[3] رواه الأثرم في سننه وأبو إسحاق الجوزجاني .

وكان ابن عمر رضي الله عنهما يقول : « ما أبالي رميت بست أو بسبع »[4] .

وأما عدم صحة رمي الثانية إذا أخل بحصاة واجبة من الأولى فلأن الترتيب شرط لما تقدم وفي ترك حصاة واجبة إخلال به .

ولأنه إذا أخل بواحدة من الأولى فكأنه ابتدأ الثانية فيفوت الترتيب المشترط .

وأما بناؤه على اليقين إذا لم يعلم من أي الجمار تركها فلأنه تردد في ذلك فيبني على اليقين كما لو شك هل صلى ثلاثاً أم أربعاً .

قال : (وإن أخر الرمي كله فرماه في آخر أيام التشريق أجزأه ، ويرتبه بنيّته ، وإن أخره عن أيام التشريق أو ترك المبيت بمنى في لياليها فعليه دم ، وفي حصاة أو ليلة واحدة ما في حلق شعرة) .

أما إجزاء الرمي في آخر أيام التشريق لمن أخره فرماه فيه فلأن أيام التشريق وقت الرمي فإذا أخره من أول وقته إلى آخره لم يلزمه شيء كما لو أخر الوقوف بعرفة إلى آخر وقته .

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (١٩٧٣) ٢: ٢٠١ كتاب المناسك ، باب في رمي الجمار .

(٢) سبق تخريجه ص: ١٧٠.

(٣) أخرجه النسائي في سننه (٣٠٧٧) ٥: ٢٧٥ كتاب مناسك الحج، عدد الحصى التي يرمى بها الجمار.
وأخرجه أحمد في مسنده (١٤٣٩) ١: ١٦٨.

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (١٣٤٣٩) ٣: ١٩٥ كتاب الحج، في الرجل يرمي بست حصيات أو خمساً.
وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٥: ١٥٠ كتاب الحج ، باب من شك في عدد ما رمى .

وأما ترتيبه بنيته ، ومعناه : أن ينوي رمي اليوم الأول والثاني مع الثالث فلأن الرمي في أيام التشريق عبادة يجب الترتيب فيها مع فعلها في أيامها فوجب مع فعلها مجموعة كالصلاتين المجموعتين والفوائت .

وأما وجوب الدم على من أخر الرمي عن أيام التشريق فلأن الرمي نسك واجب ، أخّره عن وقته المعين فوجب عليه دم كما لو أخر الإحرام عن الميقات .

وأما وجوبه على من ترك المبيت بمنى فلأن المبيت بها واجب لأن ابن عباس رضي الله عنهما قال : « لم يرخص النبي ﷺ لأحد يبيت بمكة إلا العباس من أجل سقايته »[1] رواه ابن ماجة .

وروى ابن عمر رضي الله عنهما أن عمر قال : « لا يبيتن أحد من الحاج إلا بمنى . وكان يبعث رجالاً لا يَدَعُون أحداً يبيت وراء العقبة »[2] .

ولأن النبي ﷺ فعله نسكاً ، وقال : « خذوا عني مناسككم »[3] .

وإذا كان واجباً وجب بتركه دم لتركه الواجب في الحج .

وأما كون الواحدة من الحصاة والليلة في تركها ما في حلق شعرة . والمراد به مد من طعام أو قبضة أو درهم على الخلاف المتقدم فيه فلأنه بعض ما يجب فيه دم فوجب فيه ما يجب في الشعرة كالشعرة .

قال : (وليس على أهل [سقاية الحاج][4] والرعاء مبيت بمنى ، فإن غربت الشمس وهم بمنى لزم الرعاء المبيت دون أهل السقاية) .

أما عدم وجوب المبيت بمنى على أهل السقاية فلما روى ابن عمر رضي الله عنهما « أن العباس رضي الله عنه استأذن النبي ﷺ ليبيت بمكة ليالي منى لأجل سقايته فأذن له »[5] .

---

(١) أخرجه ابن ماجة في سننه (٣٠٦٦) ٢: ١٠١٩ كتاب المناسك ، باب البيتوتة بمكة ليالى منى .
(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٥: ١٥٣ كتاب الحج ، باب لا رخصة في البيتوتة بمكة ليالي منى .
(٣) سبق تخريجه ص: ١٧٠.
(٤) زيادة من المقنع .
(٥) أخرجه البخاري في صحيحه (١٦٥٨) ٢: ٦٢١ كتاب الحج ، باب هل يبيت أصحاب السقاية أو غيرهم بمكة ليالي منى .

⇦

وأما عدم وجوبه على الرعاء وهم الذين يرعون المواشي فلما روى عاصم عن أبيه قال: «رخص رسول الله ﷺ لرعاء الإبل في البيتوتة في أن يرموا يوم النحر، ثم يجمعوا رمي يومين بعد يوم النحر يرمونه في أحدهما»[1] رواه الترمذي. وقال: حديث حسن صحيح.

ولأن أهل السقاية والرعاء يشتغلون بالرعاية واستقاء الماء فرخص لهم لذلك.

وأما لزوم الرعاء المبيت إذا غربت الشمس وهم بمنى دون أهل السقاية فلأن ترك المبيت إنما كان للحاجة فإذا غربت الشمس زالت حاجة الرعاء.

ولأن الرعي وقته النهار لا الليل بخلاف أهل السقاية فإنهم يسقون ليلاً ونهاراً.

قال: (ويخطب الإمام في اليوم الثاني من أيام التشريق خطبة يعلمهم فيها حكم التعجيل والتأخير وتوديعهم).

أما مسنونية الخطبة في اليوم الثاني من أيام التشريق فلما روي عن رجلين من بني بكر قالا: «رأينا رسول الله ﷺ يخطب بين أوسط أيام التشريق ونحن عند راحلته»[2] أخرجه أبو داود.

وأما تعليمهم ما ذكر فلدعوى الحاجة إليه.

⇨

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٣١٦) ٢: ٩٥٣ كتاب الحج، باب وجوب المبيت بمنى ليالي أيام التشريق، والترخيص في تركه لأهل السقاية.

(١) أخرجه أبو داود في سننه (١٩٧٥) ٢: ٢٠٢ كتاب المناسك، باب في رمي الجمار.
وأخرجه الترمذي في جامعه (٩٥٥) ٣: ٢٨٩ كتاب الحج، باب ما جاء في الرخصة للرعاء أن يرموا يوماً ويدعوا يوماً.
وأخرجه النسائي في سننه (٣٠٦٩) ٥: ٢٧٣ كتاب مناسك الحج، رمي الرعاة.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٣٠٣٧) ٢: ١٠١٠ كتاب المناسك، باب تأخير رمي الجمار من عذر.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (١٩٥٢) ٢: ١٩٧ كتاب المناسك، باب أي يوم يخطب بمنى.

قال: (فمن أحب أن يتعجل في يومين خرج قبل غروب الشمس، فإن غربت وهو بها لزمه المبيت والرمي من الغد).

أما جواز التعجيل في يومين فلقوله تعالى: ﴿فمن تعجل في يومين فلا إثم عليه ومن تأخر فلا إثم عليه﴾ [البقرة:٢٠٣]، ولقوله ﷺ: «أيام منى ثلاثة فمن تعجل في يومين فلا إثم عليه»(١).

وأما لزوم البيتوتة والرمي من الغد لمن غربت الشمس وهو بمنى فلأن الله سبحانه ورسوله ﷺ جوزا التعجيل في اليوم الثاني وهو اسم لبياض النهار.

ولأنه يروى عن عمر رضي الله عنه أنه قال: «من أدركه المساء في اليوم الثاني فليقم إلى الغد حتى ينفر مع الناس»(٢).

قال: (فإذا أتى مكة لم يخرج حتى يودع البيت بالطواف إذا فرغ من جميع أموره فإن ودع ثم اشتغل في تجارة أو أقام أعاد الوداع).

أما عدم خروجه من مكة حتى يودع البيت بالطواف إذا فرغ من جميع أموره فلما روى ابن عباس رضي الله عنهما قال: «أمر الناس أن يكون آخر عهدهم الطواف بالبيت إلا أنه قد خفف عن المرأة الحائض»(٣) متفق عليه.

ولمسلم: «كان الناس ينصرفون كل وجه فقال رسول الله ﷺ: لا ينفرن أحد حتى يكون آخر عهده بالبيت»(٤).

وأما إعادة الوداع إذا ودع ثم اشتغل التجارة أو أقام فلأنه إذا لم يطف بعد اشتغاله أو أقام لم يكن آخر عهده بالبيت وقد أمره النبي ﷺ بذلك.

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (١٩٤٩) ٢: ١٩٦ كتاب المناسك، باب من لم يدرك عرفة.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٣٠١٥) ٢: ١٠٠٣ كتاب المناسك، باب من أتى عرفة قبل الفجر ليلة جمع.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٥: ١٥٢ كتاب الحج، باب من غربت له الشمس يوم النفر الأول بمنى...

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (١٦٦٨) ٢: ٦٢٤ كتاب الحج، باب طواف الوداع.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٢١١) ٢: ٩٦٥ كتاب الحج، باب وجوب طواف الوداع وسقوطه عن الحائض.

(٤) أخرجه مسلم في صحيحه (١٣٢٧) ٢: ٩٦٣ الموضع السابق.

ولأن هذا الطواف هو طواف الوداع فإذا لم يطف بعد ما ذكر لم يكن وداعاً في العادة فلم يجزؤه كما لو طافه عند قدومه إلى مكة .

قال : (ومن أخر طواف الزيارة فطافه عند الخروج أجزاه عن طواف الوداع ، فإن خرج قبل الوداع رجع إليه ، فإن لم يمكنه فعليه دم ، إلا الحائض والنفساء لا وداع عليهما) .

أما إجزاء طواف الزيارة عن طواف الوداع إذا طافه عند الخروج فلأنه أُمِرَ أن يكون آخر عهده بالبيت وقد فعل ذلك .

ولأن ما شرع للمسجد يجزئ عنه الواجب من جنسه كتحية المسجد وركعتي الإحرام وركعتي الطواف يجزئ عنهما المكتوبة .

وأما رجوعه إلى الوداع إذا خرج قبله مع الإمكان وهو المسافة القريبة مع عدم خوف على نفس أو مال أو فوات رفقة فلأنه أمكنه الإتيان بالواجب من غير مشقة فلزمه كما لو كان بمكة .

وأما عدم رجوعه مع عدم إمكانه فلما يلحقه من المشقة أشبه ما لو رجع إلى بلده .

وأما وجوب الدم عليه فلأنه ترك واجباً في الحج أشبه ترك الرمي .

وأما عدم الوداع على الحائض والنفساء فلأنه لا يجب عليهما وداع لما تقدم من قوله : «إلا أنه خفف عن المرأة الحائض»[1] والنفساء مثلها .

قال : (وإذا فرغ من الوداع وقف في الملتزم بين الركن والباب فقال : اللهم! هذا بيتك وأنا عبدك وابن عبدك وابن أمتك ، حملتني على ما سخرت لي من خلقك وسيرتني في بلادك حتى بلغتني بنعمتك إلى بيتك وأعنتني على أداء نسكي ، فإن كنت رضيت عني فازدد عني رضى ، وإلا فمُنَّ الآن قبل أن تنأى عن بيتك داري ، فهذا أوان انصرافي إن أذنت لي ، غير مستبدل بك ولا بيتك ولا راغب عنك ولا عن بيتك . اللهم! فاصحبني العافية في بدني ، والصحة في جسمي ، والعصمة في ديني ، وأحسن منقلبي ، وارزقني طاعتك ما أبقيتني ، واجمع لي بين خير الدنيا والآخرة إنك

(١) سبق تخريجه في الحديث قبل السابق.

على كل شيء قدير. ويدعو بما أحب ويصلي على النبي ﷺ، إلا أن المرأة إذا كانت حائضاً لم تدخل المسجد ووقفت على بابه ودعت بذلك).

أما مسنونية الوقوف في الملتزم وهو موضعٌ بين الباب والحجر والأسود وهو المراد بقول المصنف رحمه الله الركن فلما روي عن عمرو بن شعيب عن أبيه أنه قال: «طفت مع عبدالله فلما جئنا دبر الكعبة قلت: ألا تتعوذ؟ قال: نعوذ بالله من النار. ثم مضى حتى استلم الحجر فقام بين الركن والباب فوضع صدره ووجهه وذراعيه وكفيه هكذا وبسطها بسطاً وقال: هكذا رأيت رسول الله ﷺ يفعل»[1] رواه أبو داود.

وعن صفوان قال: «لما فتح رسول الله ﷺ مكة انطلقت فرأيت رسول الله ﷺ قد خرج من الكعبة هو وأصحابه قد استلموا البيت من الباب إلى الحطيم ووضعوا خدودهم على البيت ورسول الله ﷺ وسطهم»[2] رواه أبو داود.

وأما صفة الدعاء فكما ذكره المصنف رحمه الله لأنه يليق بالمكان وإن زاد على ذلك أو دعا بغيره فلا بأس؛ لأن الغرض الدعاء لا دعاء بعينه.

وأما الصلاة على النبي ﷺ فليكون جامعاً بين فضيلتي الدعاء والصلاة على النبي ﷺ.

وأما عدم دخول المرأة المسجد إذا كانت حائضاً فلأن الحائض ممنوعة من دخول المسجد لما تقدم في موضعه.

وأما وقوفها على بابه ودعاؤها بذلك فلأن المرأة ينبغي أن [تدعو بما][3] تحب ويسن في حقها ما يكون كذلك في حق الرجل ترك ذلك في دخول المسجد لأنها ممنوعة منه لحيضها فيبقى فيما عداه على مقتضى الدليل.

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (١٨٩٩) ٢: ١٨١ كتاب المناسك، باب الملتزم.
(٢) أخرجه أبو داود في سننه (١٨٩٨) ٢: ١٨١ كتاب المناسك، باب الملتزم.
(٣) زيادة يقتضيها السياق.

قال : (فإذا فرغ من الحج استحب له زيارة قبر النبي ﷺ وقبر صاحبيه رضي الله عنهما) .

أما استحباب زيارة قبر النبي ﷺ فلما روي أن النبي ﷺ قال : « من زارني أو زار قبري كنت له شفيعاً أو شهيداً يوم القيامة »[1] رواه أبو داود الطيالسي .

ولما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال : « ما من أحد يسلم عليّ عند قبري إلا رد الله عليّ روحي حتى أرد عليه السلام »[2] .

ويروى عن العتبي قال : « كنت جالساً عند قبر النبي ﷺ فجاء أعرابي فقال : السلام عليك يا رسول الله! سمعت الله يقول :﴿ولو أنهم إذ ظلموا أنفسهم جاؤك فاستغفروا الله واستغفر لهم الرسول لوجدوا الله تواباً رحيماً﴾ [النساء:٦٤] ، وقد جئتك مستغفراً مستشفعاً بك إلى ربي . ثم أنشأ يقول :

يا خير من دفنت بالقاع أعظمه ... فطاب من طيبهن القاع والأكم
نفسي الفداء لقبر أنت ساكنه ... فيه العفاف وفيه الجود والكرم

ثم انصرف الأعرابي ، فحملتني عينيّ فرأيت رسول الله ﷺ في النوم فقال : يا عتبي! الحق الأعرابي فبشره أن الله تعالى قد غفر له »[3] .

وأما استحباب زيارة قبري صاحبيه فلأن زيارة قبر غيرهما مستحبة فلأن يستحب زيارة قبرهما مع فضيلتهما على غيرهما بطريق الأولى .

---

(١) أخرجه أبو داود الطيالسي في مسنده (٦٥) ١٢ من حديث عمر بن الخطاب رضي الله عنه .
(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٢٠٤١) ٢: ٢١٨ كتاب المناسك، باب زيارة القبور.
وأخرجه أحمد في مسنده (١٠٨٢٧) ٢: ٥٢٧. كلاهما دون قوله: ((عند قبري)) .
(٣) ذكره ابن كثير في تفسيره نقلاً عن كتاب الشامل لأبي منصور الصباغ ١: ٥٥٢-٥٥٣.

فصل في صفة العمرة

قال المصنف رحمه الله : (من كان في الحرم خرج إلى الحل فأحرم منه ، فإن أحرم من الحرم لم يجز وينعقد وعليه دم) .

أما خروج من هو في الحرم إلى الحل ليحرم منه بالعمرة فـ « لأن النبي ﷺ أمر عبدالرحمن بن أبي بكر أن يعمر عائشة من التنعيم »[1] رواه مسلم .

وكانت عائشة رضي الله عنها بمكة والتنعيم أدنى الحل .

ولأنه يجب الجمع في النسك بين الحل والحرم ، وأفعال العمرة كلها في الحرم فلم يكن بد من الإحرام من الحل ليحصل الجمع[2] من الحل .

وأما عدم تجويز إحرامه من الحرم فلما[3] عن النبي ﷺ بذلك في حديث عائشة رضي الله عنها . وحكمه على الواحد حكمه على الكل .

وأما انعقاد إحرامه فكما لو أحرم بعد أن جاوز الميقات وأما وجوب الدم عليه فلتركه الواجب .

قال : (ثم يطوف ويسعى ، ثم يحلق أو يقصر ، ثم قد حلّ . وهل يحل قبل الحلق أو التقصير ؟ على روايتين) .

أما طواف المعتمر وسعيه وحلقه أو تقصيره بعد إحرامه فلأن العمرة أحد النسكين فوجب أن يفعل بها ما ذكر كالحج .

وأما حله بعد ذلك فلأنه لم يبق من أفعال العمرة شيء أشبه الحاج إذا لم يبق له من أفعال حجه شيء .

---

(١) سبق تخريجه ص: ٨٢.

(٢) عدة كلمات غير واضحة في ج.

(٣) مثل السابق.

وأما حله قبل حلقه أو تقصيره ففيه روايتان أصلهما هل الحلق والتقصير في العمرة نسك ؟ وفيه روايتان مضى توجيههما في الحج[1] . فإن قيل : ذلك نسك لم يحل قبل فعله كالطواف ، وإن قيل : ليس بنسك جاز له الحل قبله ؛ لأن الحل لا يتوقف على فعل ما ليس بنسك .

قال : (وتجزئ عمرة القارن ، والعمرة من التنعيم عن عمرة الإسلام في أصح الروايتين) .

أما إجزاء عمرة القارن وهو الذي أحرم بحج وعمرة جميعاً عن عمرة الإسلام ففيه روايتان :

أحدهما : تجزئ « لأن النبي ﷺ قال لعائشة رضي الله عنها لما قرنت وطافت : قد حللت من حجك وعمرتك »[2] .

وفي لفظ : « يسعُكِ طوافك لحجك وعمرتك »[3] رواه مسلم .

والثانية : لا تجزئ لأن الله تعالى قال :﴿وأتموا الحج والعمرة لله﴾ [البقرة:١٩٦] فوجب الإتيان بالعمرة[4] على وجه الكمال و لم توجد فيما ذكر .

ولأن النبي ﷺ قال لعائشة لما اعتمرها أخوها : « هذه مكان عمرتك »[5] متفق عليه .

والأولى أصح لما تقدم . ولما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي ﷺ أنه قال : « من أحرم بالحج والعمرة طاف لهما طوافاً واحداً ولا يحل حتى يقضي حجه ويحل منهما جميعاً »[6] .

---

(١) ص: ١٩٧.

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه (١٢١٣) ٢: ٨٨١ كتاب الحج ، باب بيان وجوه الإحرام...

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه (١٢١١) ٢: ٨٧٩ كتاب الحج ، باب بيان وجوه الإحرام...

(٤) العبارة غير واضحة في ج.

(٥) أخرجه البخاري في صحيحه (١٥٥٧) ٢: ٥٩٠ كتاب الحج ، باب طواف القارن .
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٢١١) ٢: ٨٧٠ كتاب الحج ، باب بيان وجوه الإحرام...

(٦) أخرجه الترمذي في جامعه (٩٤٨) ٣: ٢٨٤ كتاب الحج، باب ما جاء أن القارن يطوف طوافاً واحداً.
قال الترمذي: حديث حسن صحيح غريب.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٩٧٥) ٢: ٩٩٠ كتاب المناسك، باب طواف القارن.

ولأن الصبي بن معبد قال لعمر رضي الله عنه: «إني وجدت الحج والعمرة مكتوبتين عليّ فأهللت بهما -أي أهللت بالمكتوبتين- فقال عمر رضي الله عنه: هديت لسنة نبيك»[1].

ولأنه يروى عن ابن عمر وجابر وابن عباس رضي الله عنهم: «من قرن كفاه طواف واحد وسعي واحد»[2].

ولأن الواجب عمرة واحدة وقد أتى بها.

ولأن عمرة القارن أحد نسكي القران فأجزأ كالحج.

وأما عمرة عائشة من التنعيم فإنما كانت تطييباً لقلبها وإجابة لمسألتها ولو كانت واجبة عليها لأمرها هو بها قبل أن تسأله.

وأما إجزاء عمرة المفرد من التنعيم ففيه أيضاً روايتان:

أحدهما: يجزئ لما تقدم من أمر النبيﷺ لعبدالرحمن أن يعمر عائشة من التنعيم[3].

والثانية: لا تجزئ؛ «لأن النبيﷺ أحرم في عمرة القضاء من ذي الحليفة»، وروي «من الجعرانة».

وقال صاحب النهاية: الصحيح أنه أحرم من الجعرانة في غير سنة القضاء. روي أنه برز لها من الحرم.

والأولى أصح لما تقدم.

ولأن الحج يجزئ من مكة فالعمرة من أدنى الحل في حق المفرد أولى.

وأما إحرام النبي ﷺ في عمرة القضاء من ذي الحليفة فلأنه مر بها أولاً لأن القضاء يحكي الأداء.

(١) سبق تخريجه ص: ٦٦.

(٢) أخرجه الترمذي في جامعه (٩٤٧) ٣: ٢٨٣ عن جابر و (٩٤٨) ٣: ٢٨٤ عن ابن عمر كتاب الحج، باب ما جاء أن القارن يطوف طوافاً واحداً.
وأخرجه أحمد في مسنده (٥٣٥٠) ٢: ٦٧. عنه.

(٣) سبق تخريجه ص: ٨٢.

فصل (في أركان الحج)

(أركان الحج الوقوف بعرفة، وطواف الزيارة. وعنه: أنها أربعة: الطواف والوقوف والإحرام والسعي. وعنه: أنها ثلاثة وأن السعي سنة، واختار القاضي أنه واجب وليس بركن).

أما كون الوقوف بعرفة ركناً فلما روي أن رجلاً قال: «أتيت رسول الله ﷺ بعرفة فجاءه نفر من أهل نجد. فقالوا: يا رسول الله! كيف الحج؟ قال: الحج عرفة فمن جاء قبل صلاة الفجر فقد تم حجه»[1] أخرجه أبو داود وابن ماجة.

وأما كون الطواف ركناً فلقوله تعالى: ﴿وليطوفوا بالبيت العتيق﴾ [الحج:٢٩].

ولما روت عائشة رضي الله عنها قالت: «حججنا مع النبي ﷺ فأفضنا يوم النحر فحاضت صفية فأراد النبي ﷺ منها ما يريد الرجل من أهله. فقلت: يا رسول الله! إنها

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (١٩٤٩) ٢: ١٩٦ كتاب المناسك، باب من لم يدرك عرفة.
وأخرجه الترمذي في جامعه (٨٨٩) ٣: ٢٣٧ كتاب الحج، باب ما جاء فيمن أدرك الإمام بجمع فقد أدرك الحج.
وأخرجه النسائي في سننه (٣٠١٦) ٥: ٢٥٦ كتاب مناسك الحج، فرض الوقوف بعرفة.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٣٠١٥) ٢: ١٠٠٣ كتاب المناسك، باب من أتى عرفة قبل الفجر ليلة جمع. كلهم عن عبدالرحمن بن يعمَر الدِّيلي.

حائض . قال : أحابستنا هي ؟ قالوا : يا رسول الله! أفاضت يوم النحر . قال : اخرجوا »[1] رواه البخاري بلفظه ومسلم بمعناه .

فدل هذا على أن الطواف لا بد منه وأنه حابس لمن لم يأت به .

ولأن الحج أحد النسكين فكان الطواف ركناً له كالعمرة .

وأما الإحرام ففيه روايتان :

أحدهما : أنه ركن ؛ لأن الحج عبادة فلم تصح بدون الإحرام كنية الصلاة .

والثانية : أنه ليس بركن لأن النبي ﷺ قال لعروة بن مُضَرِّس : « من وقف بعرفة ليلاً أو نهاراً وأدرك معنا صلاتنا هذه -يعني الصبح- من يوم النحر فقد تم حجه وقضى تفثه »[2] ولم يذكر الإحرام ولو كان ركناً لذكره .

فإن قيل : لم يذكر رسول الله ﷺ الطواف وهو ركن وفاقاً ؟

قيل : إنما ترك ذكره لأن القرآن دل عليه بخلاف الإحرام .

والرواية الأولى أصح في ظاهر قول الأصحاب ، وظاهر قول المصنف رحمه الله عكس ذلك ؛ لأنه أخرها ، ولم أعلم أحداً من الأصحاب ذكر أن الإحرام شرط والأشبه به كذلك . وبه قال أبو حنيفة وذلك أن من قال بالرواية الأولى قاس الإحرام على نية الصلاة ، ونية الصلاة شرط وكذا يجب أن يكون الإحرام .

ولأن الإحرام يجوز فعله قبل دخول وقت الحج فوجب أن يكون شرطاً كالطهارة مع الصلاة .

وأما السعي فعن الإمام أحمد رحمه الله أنه ركن ؛ لأن حبيبة بنت أبي تَجْراة قالت : « سمعت رسول الله ﷺ يقول وهو يسعى : اسعوا فان الله كتب عليكم السعي »[3] رواه الإمام أحمد في المسند .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٤١٤٠) ٤: ١٥٩٨ كتاب المغازي ، باب حجة الوداع .
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٢١١) ٢: ٩٦٥ كتاب الحج ، باب بيان وجوه الإحرام .

(٢) سبق تخريجه ص: ١٨٧.

(٣) أخرجه أحمد في مسنده (٢٧٤٠٦) ٦: ٤٢٢ .

وعن عائشة رضي الله عنها قالت : «طاف النبيﷺ فطاف المسلمون -تعني بين الصفا والمروة- ولعمري ما أتم الله حج من لم يطف بين الصفا والمروة»[1] .

وعن أحمد رحمه الله : هو سنة ؛ لأن الله تعالى قال :﴿فلا جناح عليه أن يَطَّوف بهما﴾ [البقرة:١٥٨].

وروي أن في مصحف أُبيّ وابن مسعود : فلا جناح عليه أن لا يطوف بهما .

وقراءة من ذكر إن لم تكن قرآناً فلا تنحط عن درجة الخبر .

ولأنه نسك ذو عدد لا يتعلق بالبيت فلم يكن ركناً كالرمي .

واختار القاضي أنه واجب ؛ لأنه فعل من أفعال الحج فكان واجباً لا ركناً كطواف الوداع .

قال المصنف رحمه الله في المغني : الذي قال القاضي أقرب إلى الحق إن شاء الله تعالى ؛ لأن ما روت عائشة رضي الله عنها من فعل النبيﷺ وأصحابه دليل وجوبه ولا يلزم كونه ركناً كالرمي والحلق وغيرهما .

وقولها : «ما أتم الله حج من لم يطف»[2] معارَض بقول غيرها ، وحديث حبيبة فيه كلام . ثم هو يدل على أنه مكتوب والواجب مكتوب والآية نزلت ؛ «لأن ناساً تحرجوا من السعي لأجل صنمين كانا بين الصفا والمروة»[3] كذلك قالت عائشة رضي الله عنها .

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٢٧٧) ٢: ٩٢٨ كتاب الحج ، باب بيان أن السعي بين الصفا والمروة ركن لا يصح الحج إلا به .

(٢) سبق تخريجه في الحديث السابق .

(٣) أخرج البخاري في صحيحه عن هشام بن عروة عن أبيه أنه قال: «قلت لعائشة رضي الله عنها زوج النبي ﷺ وأنا يومئذ حديث السن أرأيت قول الله تبارك وتعالى: ﴿إن الصفا والمروة من شعائر الله فمن حج البيت أو اعتمر فلا جناح عليه أن يطوف بهما﴾ فلا أرى على أحد شيئاً أن لا يطوف بهما؟ فقالت عائشة: كلا ، لو كانت كما تقول كانت فلا جناح عليه أن لا يطوف بهما إنما أنزلت هذه الآية في الأنصار كانوا يهلون لِمَنَاة وكانت مَنَاةُ حذو قُديد وكانوا يتحرجون أن يطوفوا بين الصفا والمروة ، فلما جاء الإسلام سألوا رسول الله ﷺ عن ذلك فأنزل الله تعالى: ﴿إن الصفا والمروة من شعائر الله فمن حج البيت أو اعتمر فلا جناح عليه أن يطوف بهما﴾ ». (١٦٩٨) ٢: ٦٣٥ أبواب العمرة، باب يفعل في العمرة ما يفعل في الحج.

قال : (وواجباته سبعة :

الإحرام من الميقات ، والوقوف بعرفة إلى الليل ، والمبيت بمزدلفة إلى بعد نصف الليل ، والمبيت بمنى ، والرمي ، والحلق ، وطواف الوداع .

وما عدا هذا سنن) .

أما وجوب الإحرام من الميقات ؛ فلأن النبيﷺ ذكر المواقيت الخمسة وقال : «هن لهن ولمن مر عليهن»[1] .

ولأنه أحرم من الميقات وكذلك أصحابه[2] ، وقال : «خذوا عني مناسككم»[3] .

وأما وجوب الوقوف بعرفة إلى الليل فلأن من أدرك عرفة نهاراً يجب عليه أن يجمع بين جزء من النهار وبين جزء من الليل لما تقدم[4] .

وأما وجوب المبيت بمزدلفة إلى بعد نصف الليل فلما تقدم في موضعه قبل[5] .

وأما وجوب المبيت بمنى والرمي والحلق فلأن النبيﷺ فعل ذلك[6] وقال : «خذوا عني مناسككم»[7] .

---

(١) سبق تخريجه ص: ٨١.

(٢) عن عبدالله بن عباس رضي الله عنهما قال: «انطلق النبيﷺ من المدينة بعد ما ترجل وادهن ولبس إزاره ورداءه هو وأصحابه فلم ينه عن شيء من الأردية والأزرتلبس إلا المزعفرة التي تردع على الجلد فأصبح بذي الحليفة ركب راحلته حتى استوى على البيداء أهل هو وأصحابه وقلد بدنته ...».
أخرجه البخاري في صحيحه (١٤٧٠) ٢: ٥٦٠ كتاب الحج، باب ما يلبس المحرم من الثياب والأردية والأزر.

(٣) سبق تخريجه ص: ١٧٠.

(٤) ص: ١٨٨.

(٥) ص: ١٩٠.

(٦) سبق ذكر أحاديث المبيت والرمي والحلق في فصل: بقية أعمال الحج ص: ٢٠٦.

(٧) سبق تخريجه ص: ١٧٠.

وأما وجوب طواف الوداع فلأن النبيﷺ قال : « لا ينفرن أحدكم حتى يكون آخر عهده بالبيت »[1] رواه مسلم .

وفي حديث ابن عباس : « أن يكون آخر عهده بالبيت »[2] متفق عليه .

وذُكر كل واحد من الواجبات مستقصى في بابه وموضعه وإنما الغرض هنا بيان التعداد ذلك ، وكذلك لم أستقص هنا في الدلالة . ولا بد أن يلحظ أن الوقوف بعرفة إلى الليل إنما يجب في حق من أدرك عرفة نهاراً وأن المبيت بمزدلفة إلى بعد نصف الليل إنما يجب في حق من أدرك مزدلفة أول الليل . وقد تقدم ذكر ذلك كله والدليل عليه فيما تقدم ومن[3] أراد الوقوف فليعرج إليه .

---

(١) سبق تخريجه ص: ٢١١.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (١٦٦٨) ٢: ٦٢٤ كتاب الحج ، باب طواف الوداع .
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٣٢٨) ٢: ٩٦٣ كتاب الحج ، باب وجوب طواف الوداع وسقوطه عن الحائض .

(٣) زيادة يقتضيها السياق .

باب الفوات والإحصار

قال المصنف رحمه الله: (ومن طلع عليه الفجر يوم النحر ولم يقف بعرفة فقد فاته الحج. ويتحلل بطواف وسعي. وعنه: أنه ينقلب إحرامه لعمرة ولا قضاء عليه إلا أن يكون فرضاً. وعنه: عليه القضاء. وهل يلزمه هدي؟ على روايتين: أحدهما: عليه هدي يذبحه في حجة القضاء إن قلنا عليه قضاء، وإلا ذبحه في عامه).

أما فوات الحج لمن طلع عليه الفجر يوم النحر و لم يقف بعرفة فلقول جابر رضي الله عنه: «لا يفوت الحج حتى يطلع الفجر من ليلة جَمْع. قال أبو الزبير: فقلت له: أقال رسول الله ﷺ ذلك؟ قال: نعم»[1] رواه الأثرم بإسناده.

ولأن النبي ﷺ قال: «من صلى صلاتنا هذه وقد وقف قبل ذلك بعرفة ليلاً أو نهاراً فقد تم حجه»[2] وكانت الصلاة صلاة الفجر من يوم النحر.

وأما تحلل من فاته ذلك وهو قول ابن حامد -لا منقول عن الإمام أحمد- فلأن الإحرام انعقد بأحد النسكين فلم ينقلب إلى الآخر كما لو أحرم بالعمرة.

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٥: ١٧٤ كتاب الحج، باب إدراك الحج بإدراك عرفة قبل طلوع الفجر من يوم النحر.

(٢) سبق تخريجه ص: ١٨٧.

ولأنه إذا أحرم بالحج من مكة لم يلزمه الخروج إلى الحل ولو صار معتمراً للزمه ذلك كالمعتمر ، وإذا لم ينقلب إحرامه عمرة تعين التحلل بطواف وسعي ليخرج من إحرامه .

وأما انقلاب إحرامه عمرة وهو المنصوص عن الإمام أحمد وظاهر كلام الخرقي ؛ فلما روى النجاد بإسناده عن عطاء أن النبي ﷺ قال : «من فاته الحج فعليه دم وليجعلها عمرة»[1] .

ولما روى الشافعي في مسنده «أن عمر رضي الله عنه قال لأبي أيوب حين فاته الحج : اصنع ما يصنع المعتمر ثم قد حللت»[2] .

ولأنه قول عمر وابنه وابن عباس وزيد بن ثابت و لم يعرف لهم مخالف فكان إجماعاً .

ولأنه يجوز فسخ الحج إلى العمرة من غير فوات فمع الفوات أولى .

ولأنه لو بقي في إحرام الحج لزمته أفعاله كالمفسد حجه .

ولأنه يفعل أفعال المعتمر خاصة فكان معتمراً كالمحرم بالعمرة .

قال أبو الخطاب : فائدة الخلاف أنها إذا صارت عمرة جاز إدخال الحج عليها فيصير قارناً ومن لم يجعله عمرة لم يجز ذلك .

وأما وجوب القضاء على من فاته الحج فينظر فيه فإن كان الذي فاته حجة الإسلام لزمه قضاؤها بلا خلاف على معنى أنه يلزمه أن يحج من قابل ؛ لأن الحج كان واجباً عليه و لم يأت به على وجهه فلزمه الإتيان به ليخرج عن عهدة الواجب ، وإن كان نفلاً ففيه روايتان :

أحدهما : يقضيه لما يأتي .

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (١٣٦٨٣) ٣: ٢١٩ كتاب الحج، في الرجل إذا فاته الحج ما يكون عليه.

وأخرج الدارقطني في سننه عن عطاء عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «من فاته عرفات فقد فاته الحج وليتحلل بعمرة وعليه الحج من قابل» . (٢٢) ٢: ٢٤١ كتاب الحج ، باب المواقيت .

(٢) أخرجه الشافعي في مسنده (٩٩٠) ١: ٣٨٤ كتاب الحج ، باب أحكام المحصر .

والثانية: لا يقضيه «لأن النبي ﷺ لما سئل عن الحج أكثر من مرة قال: بل مرة واحدة»[1] ولو وجب قضاء النافلة كان الحج أكثر من مرة.

ولأنها عبادة تطوّع بها فإذا فاتت لم يلزمه قضاؤها كسائر التطوعات.

والرواية الأولى أولى. نص عليه ابن عقيل؛ لأن في حديث عطاء المذكور قبل: «الحج من قابل»[2]. وفي حديث عمر لأبي أيوب: «فإن أدركت الحج قابلاً حج»[3].

ولأن الحج يلزم بالشروع فيصير كالمنذور بخلاف سائر التطوعات.

وأما لزوم الهدي ففيه روايتان:

أحدهما: لا يلزم؛ لأنه لو كان الفوات سبباً لوجوب الهدي للزم المحصر هديان للفوات والإحصار.

والرواية الثانية: يلزمه هدي؛ لأن في حديث عطاء: «من فاته الحج فعليه دم»[4].

ولأنه قول من تقدم ذكره من الصحابة.

قال المصنف رحمه الله في المغني: وهي الصحيحة.

فعلى هذا إن قلنا يقضي ذبحه في سنة القضاء نص عليه لما روى سليمان بن يسار[5] «أن هبار بن الأسود حج من الشام فقدم يوم النحر. فقال له عمر: انطلق إلى البيت فطف به سبعاً وإن كانت معك هدية فانحرها ثم إذا كان عام قابل فاحجج وإن وجدت سعة فاهد وإن لم تجد فصم ثلاثة أيام في الحج وسبعة إذا رجعت»[6].

وإن قلنا لا قضاء عليه ذبحه في عامه؛ لأنه لا معنى لتأخيره.

قال: (وإن أخطأ الناس فوقفوا في غير يوم عرفة أجزأهم، وإن أخطأ بعضهم فقد فاته الحج).

أما الإجزاء إذا أخطأ الناس؛ فلأنه لا يؤمن مثله في القضاء فيشق.

---

(١) سبق تخريجه من حديث أبي هريرة ص: ٦٧.

(٢) سبق تخريج حديث عطاء قريباً.

(٣) سبق تخريجه قريباً.

(٤) سبق تخريج حديث عطاء ص: ٢٢٤.

(٥) في ج: سليمان بن دينار.

(٦) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٥: ١٧٤ كتاب الحج، باب ما يفعل من فاته الحج.

وأما فوات الحج إذا أخطأ البعض فلأن الخطأ من تفريطهم ولهذا قال عمر رضي الله عنه لهبار : « وما حبسك ؟ قال : كنت أحسب أن اليوم يوم عرفة »[1] فلم يعذره بذلك .

قال : (ومن أحرم فحصره عدو ولم يكن لـه طريق إلى الحج ذبح هدياً في موضعه وحل ، فإن لم يجد هدياً صام عشرة أيام ثم حل ، ولو نوى التحلل قبل ذلك لم يحلّ ، وفي وجوب القضاء على المحصر روايتان) .

أما ذبح المحرم هدياً إذا حصره عدو في الجملة فلقوله تعالى :﴿فإن أحصرتم فما استيسر من الهدي﴾ [البقرة:١٩٦].

و « لأن النبي ﷺ أمر أصحابه لما حصروا بالحديبية أن ينحروا ويحلقوا ويحلوا »[2] .

وأما حله بعد ذلك فلما تقدم من أمر النبي ﷺ الصحابة بذلك .

ولأن الحاجة داعية إلى الحل لما في تركه من المشقة العظيمة المنفية شرعاً .

ولا فرق في الإحصار بين الحج والعمرة لعموم الآية .

ولأن الصحابة رضي الله عنهم حلوا في الحديبية[3] وكانت عمرة .

وعن ابن عمر رضي الله عنهما « أنه خرج في الفتنة معتمراً وقال : إن صددت عن البيت صنعنا كما صنع رسول الله ﷺ »[4] متفق عليه .

وأما ما يشترط للحل فشروط :

أحدها : أن لا يجد طريقاً أخرى فلو أمكنه الوصول من طريق أخرى لزمه سلوكها و لم يجز له التحلل سواء كان أبعد من طريق الحصر أو مثله ؛ لأنه أمكنه الوصول أشبه ما لم يحصره أحد .

---

(١) سبق تخريجه في الحديث السابق .

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٥٨١) ٢: ٩٧٤ كتاب الشروط ، باب الشروط في الجهاد والمصالحة مع أهل الحرب وكتابة الشروط .

(٣) سبق تخريجه في الحديث السابق .

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه (١٧١٨) ٢: ٦٤٣ أبواب الإحصار وجزاء الصيد ، باب من قال ليس على المحصر بدل .
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٢٣٠) ٢: ٩٠٣ كتاب الحج ، باب بيان جواز التحلل بالإحصار وجواز القران .

الثاني : أن ينحر هديه إن كان معه وإلا اشتراه ؛ لأن النبي ﷺ هكذا فعل وهكذا أمر الصحابة[1] .

الثالث : أن يحصر ظلماً كحصر الكفار وقطاع الطريق ومانعي الوصول إلى المناهل ونحو ذلك ؛ لأن النبي ﷺ وأصحابه حصروا ظلماً فلو منعه من له عليه دين وهو قادر على أدائه لم يكن له التحلل ؛ لأنه لا عذر له في الحبس فكان الحصر من نفسه .

الرابع : الحلق إن قلنا هو نسك ولم يذكره المصنف رحمه الله وظاهره عدم اشتراطه .

فعلى هذا يحصل التحلل للمحصر بالنية والنحر أو بدله وبالنية والنحر أو بدله والحلق على الخلاف المتقدم في كونه نسكاً .

فإن قيل : لم اشترطت النية هنا دون ما تقدم ؟

قيل : لأن من أتى بأفعال الحج فقد أتى بما عليه فيتحلل منها بإكمالها فلم يحتج إلى نية بخلاف المحصر فإنه يريد الخروج من العبادة قبل إكمالها فافتقرت إلى قصده .

ولأن الذبح يكون لغير التحلل فلم يتخصص إلا بالقصد بخلاف الرمي فإنه لا يكون إلا للنسك فلم يحتج إلى القصد .

وأما صيام عشرة أيام إذا لم يجد الهدي فلما تقدم في باب الفدية[2] ، وفي حديث عمر لهبار .

وأما عدم حله إذا نوى التحلل قبل الذبح أو الصوم فلأن الهدي أو الصوم أقيم مقام أفعال الحج فلم يحل قبله كما لا يتحلل القادر على أفعال الحج قبلها ولا يلزمه بهذه النية فدية ؛ لأنها لا تؤثر في العبادة .

وإن فعل شيئاً من المحظورات قبل النحر فعليه فدية ؛ لأنه باق على إحرامه .

وأما وجوب القضاء على المحصر ففيه روايتان :

أحدهما : يجب ؛ لأن النبي ﷺ لما تحلل زمن الحديبية قضى من قابل[1] وسميت عمرة القضية .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٥٨١) ٢: ٩٧٤ كتاب الشروط ، باب الشروط في الجهاد والمصالحة مع أهل الحرب وكتابة الشروط .

(٢) ص: ١٢٨.

ولأنه تحلَّلَ من إحرمه قبل إتمامه فلزمه القضاء كما لو فاته الحج .

والثانية : لا يجب ؛ لأن الذين صدوا مع رسول الله ﷺ كانوا ألفاً وأربعمائة والذين اعتمروا معه من قابل كانوا يسيراً و لم ينقل أنه أمر الباقين بالقضاء .

ولأنه تطوع جاز التحلل منه مع صلاح الوقت فلم يجب عليه القضاء كما لو دخل في الصوم يعتقد أنه واجب فلم يكن .

وتفارق هذه المسألة مسألة من فاته الحج بأن من فاته مقصّر بخلاف المحصر .

قال : (فإن صد عن عرفة دون البيت تحلل بعمرة ولا شيء عليه) .

أما تحلل من صد عن عرفة دون البيت بعمرة فلأنه يمكنه[2] أن يأتي بعمل العمرة .

فعلى هذا يتحلل بطواف وسعي وحلق .

وأما كونه لا شيء عليه[3] .

قال : (ومن أحصر بمرض أو ذهاب نفقة لم يكن له التحلل ، وإن فاته الحج تحلل بعمرة . ويحتمل أن يجوز له التحلل كمن حصره العدو) .

أما كون المحصر بما ذكر ليس له التحلل على المذهب فـ «لأن النبي ﷺ دخل على ضباعة بنت الزبير فقالت : إني أريد الحج وأنا شَاكِيةٌ فقال : حُجي واشترطي أن محلي حيث حَبستني»[4] فلو كان المرض يبيح الإحلال ما احتاجت إلى شرط .

ولأن ذلك قول ابن عباس وابن عمر .

ولأنه لا يستفيد بإحلاله الانتقال من حاله ولا التخلص من الداء الذي بـه بخلاف المحصر بالعدو .

⇨

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٠٠٦) ٤: ١٥٥٢ كتاب المغازي ، باب عمرة القضاء .

(٢) في ج: لا يمكنه .

(٣) بياض في ج مقدار سطر .

(٤) سبق تخريجه ص: ٨٧.

وأما احتمال جواز ذلك لمن حصره عدو ؛ فلأن النبيﷺ قال : «من كسر أو عرج فقد حل وعليه حجة أخرى»[1] رواه مسلم .

ولأنه محصور فيدخل في عموم الآية .

ولأنه مصدود عن البيت أشبه من صده العدو .

والأول أولى لما تقدم .

وقوله : «من كسر أو عرج»[2] متروك الظاهر ؛ لأن مجرد الكسر لا يصير به حلالاً وإن حمل على أنه يبيح حملناه على ما إذا اشترط التحلل بذلك ، والعموم مخصوص بحديث ضباعة ، والقياس على من حصره عدو لا يصح لما ذكرنا من الفرق .

فعلى هذا يبعث ما معه من الهدي ليذبح بمكة وليس له ذبحه في مكانه ؛ لأنه لم يبح له التحلل بخلاف المحصر . وإن فاته الحج تحلل بعمرة كسائر من فاته الحج .

وعلى قولنا : له التحلل حكمه حكم المحصر ؛ لأنه في معناه .

قال : (ومن شرط في ابتداء إحرامه أن محلي حيث حبستني فله التحلل بجميع ذلك ولا شيء عليه) .

أما جواز التحلل فلأن النبيﷺ قال لضباعة بنت الزبير : «حجي واشترطي»[3] فلو لم يجز التحلل مع الاشتراط لم يكن فيه فائدة .

ولأن الشرط له تأثير في العبادات بدليل أنه لو قال : إن شفى الله مريضي صمت شهراً فإنه يلزم بوجود الشرط ويعدم بعدمه .

وأما كونه لا شيء عليه فلأنه صار بمنزلة من أكمل أفعال الحج .

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (١٨٦٢) ٢: ١٧٣ كتاب المناسك، باب باب الإحصار.
وأخرجه الترمذي في جامعه (٩٤٠) ٣: ٢٧٧ كتاب الحج، باب ما جاء في الذي يهل بالحج فيكسر أو يعرج.
وأخرجه النسائي في سننه (٢٨٦١) ٥: ١٩٨ كتاب مناسك الحج ، فيمن أحصر بعدو .
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٣٠٧٧) ٢: ١٠٢٨ كتاب المناسك، باب المحصر. و لم أره في مسلم .
قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح .

(٢) سبق تخريجه في الحديث السابق .

(٣) سبق تخريجه ص: ٨٧.

وقوله: لا شيء عليه يشمل القضاء والهدي. والله تعالى أعلم.

باب الهدي والأضاحي

الهدي : ما يذبح بمنى . سمي بذلك لأنه يهدى إلى الله تعالى . وهو مشروع ؛ « لأن النبي ﷺ أهدى مائة بدنة »[1] .

والأضاحي : جمع أضحية . وهي : ما يذبح يوم النحر وأيام التشريق على وجه التقرب إلى الله تعالى .

وهي مشروعة بالكتاب والسنة والإجماع .

أما الكتاب فقوله تعالى : ﴿فصل لربك وانحر﴾ [الكوثر:٢].

وأما السنة فلما روى أنس رضي الله عنه قال : « ضحى رسول الله ﷺ بكبشين أملحين أقرنين . ذبحهما بيده وسمى وكبر ووضع رجله على صفاحهما »[2] .

والأملح : الذي فيه بياض وسواد وبياضه أغلب . قاله الكسائي وأبو زيد .

وقال ابن الأعرابي : هو النقي البياض .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (١٦٣١) ٢: ٦١٣ كتاب الحج ، باب يتصدق بجلال البدن ، عن علي رضي الله عنه .

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٢١٨) ٢: ٨٩١ كتاب الحج ، باب حجة النبي ﷺ ، عن جابر رضي الله عنه .

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٥٢٤٥) ٥: ٢١١٤ كتاب الأضاحي ، باب التكبير عند الذبح .

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٩٦٧) ٣: ١٥٥٧ كتاب الأضاحي ، باب استحباب الضحية ...

قال الشاعر :

حتى اكتسى الرأس قناعاً أشيبا أملح لا لذاً ولا محببا

وأما الإجماع فأجمع المسلمون على مشروعية الأضحية في الجملة .

قال المصنف رحمه الله : (والأفضل فيها الإبل ثم البقر ثم الغنم والذكر والأنثى سواء) .

أما كون الأفضل في الهدايا والضحايا الإبل ثم البقر ثم الغنم فلأن النبي ﷺ قال : «من راح في الساعة الأولة فكأنما قرّب بدنة ، ومن راح في الساعة الثانية فكأنما قرّب بقرة ، ومن راح في الساعة الثالثة فكأنما قرّب كبشاً ... مختصر»[١] . متفق عليه .

ولأنه يروى عن ابن عباس رضي الله عنهما : «أنه قال لامرأة : عليك فدية من صيام أو صدقة أو نسك . قالت : أي النسك أفضل ؟ قال : إن شئت فناقة وإن شئت فبقرة . قالت : أي ذلك أفضل ؟ قال : انحري ناقة»[٢] .

ولأن ما كان أكبر كان أوفر لحماً وأنفع للفقراء فكان أفضل لازدياد نفعه .

وأما كون الذكر والأنثى سواء والمراد به في الإجزاء والفضيلة : أما في الإجزاء فـ «لأن النبي ﷺ أهدى جملاً لأبي جهل في أنفه برة من فضة»[٣] . رواه ابن ماجة .

وأما في الفضيلة فلأن المقصود هنا اللحم ولحم الذكر أطيب والأنثى أرطب فيتساويان . بخلاف الزكاة فإن المقصود فيها الدر والنسل فلذلك كانت الأنثى فيها أفضل .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٨٤١) ١: ٣٠١ كتاب الجمعة ، باب فضل الجمعة .
وأخرجه مسلم في صحيحه (٨٥٠) ١: ٥٨٢ كتاب الجمعة ، باب الطيب والسواك يوم الجمعة .

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٥: ١٧٢ كتاب الحج ، باب المعتمر لا يقرب امرأته ما بين أن يهل إلى أن يكمل .

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (١٧٤٩) ٢: ١٤٥ كتاب المناسك ، باب في الهدي .
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٣١٠٠) ٢: ١٠٣٥ كتاب المناسك ، باب الهدي من الإناث والذكور .

قال: (ولا يجزئ إلا الجذع من الضأن وهو ما له ستة أشهر والثني مما سواه. وثني الإبل ما كمل له خمس سنين ومن البقر ما له سنتان ومن المعز ما له سنة).

أما عدم إجزاء غير الجذع من الضأن فلأنه لو أجزأ لما كان لتخصيص الجذع بالذكر فيما يأتي من الحديث فائدة.

وأما عدم إجزاء غير الثني من المعز «فلأن أبا بُردة بن نِيَارٍ قال للنبي ﷺ: عندي جَذعة من المعز هي أحَبُّ إليَّ من شاتين فهل تجزئ عني؟ قال: نعم ولا تجزئ عن أحد بعدك»[1] متفق عليه.

وأما إجزاء الجذع من الضأن فلما روت أم بلال بنت هلال عن أبيها أن رسول الله ﷺ قال: «يجوز الجذع من الضأن أضحية»[2] رواه ابن ماجة.

والهدي مثله.

وعن مجاشع بن سليم قال: سمعت النبي ﷺ يقول: «إن الجذع يوفي مما يوفي منه الثني»[3] رواه أبو داود.

فإن قيل: هذا يدل على إجزاء الجذع من كل جنس.

قيل: الإطلاق هنا يجب حمله على المقيد في حديث أم بلال؛ لأن المطلق يجب حمله على المقيد لما في الجمع بينهما من العمل بهما.

وأما إجزاء الثني من غيرهما فلأن النبي ﷺ وأصحابه كانوا يذبحونه.

وأما كون الجذع من الضأن ما له ستة أشهر والثني من الإبل ما كمل له خمس سنين ودخل في السادسة فلأن الأصمعي وغيره قالوا ذلك. وسمي بذلك؛ لأنه حينئذ يلقي ثنيته.

وأما كون الثني من البقر ما له سنتان فلأن المسنة تجزئ لما تقدم في الحديث وهي ما لها سنتان.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٩١٢) ١: ٣٢٥ كتاب العيدين، باب الأكل يوم النحر.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٩٦١) ٣: ١٥٥٢ كتاب الأضاحي، باب وقتها.
(٢) أخرجه ابن ماجة في سننه (٣١٣٩) ٢: ١٠٤٩ كتاب الأضاحي، باب ما يجزئ من الأضاحي.
(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٢٧٩٩) ٣: ٩٦ كتاب الضحايا، باب ما يجوز من السن في الضحايا.

قال: (وتجزئ الشاة عن واحد والبدنة والبقرة عن سبعة سواء أراد جميعهم القربة أو بعضهم والباقون اللحم).

أما إجزاء الشاة عن واحد فلا شبهة فيه لحصول الوفاء بذلك والخروج به عن عهدة الأمر المطلق الوارد في الكتاب والسنة، وتطابَق الخَلْق على الاكتفاء بها.

وأما إجزاء البدنة والبقرة عن سبعة فلما روى جابر رضي الله عنه قال: «كنا نتمتع مع رسول الله ﷺ فنذبح البقرة عن سبعة نشترك فيها»[1].

وفي لفظ: «أمرنا رسول الله ﷺ أن نشترك في الإبل والبقر كل سبعة منا في بدنة»[2] رواه مسلم.

وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال: «ذبح رسول الله ﷺ عمن اعتمر من نسائه في حجة الوداع بقرة بينهن»[3] رواه ابن ماجة.

وأما التسوية في الإجزاء بين قصد الجميع القربة وبين قصد بعضهم القربة والباقين اللحم فلأن الجزء المجزئ لا ينتقص بإرادة الشريك غير القربة فوجب أن يجزئ كما لو اختلفت جهات القرب فأراد بعضهم المتعة والآخر قران.

قال: (ولا يجزئ فيهما العوراء البين عورها وهي: التي انخسفت عينها، ولا العجفاء التي لا تنقى وهي: الهزيلة التي لا مخ فيها، والعرجاء: البين ظلعها فلا تقدر على المشي مع الغنم، والمريضة البين مرضها، والعضباء وهي: التي ذهب أكثر أذنها أو قرنها. وتكره المعيبة الأذن بخرق أو شق أو قطع لأقل من النصف).

أما عدم إجزاء العوراء والعجفاء والعرجاء والمريضة الموصوفات بما ذكره المصنف رحمه الله فلما روى البراء بن عازب رضي الله عنهما قال: «قام فينا رسول الله ﷺ

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٣١٨) ٢: ٩٥٦ كتاب الحج، باب الاشتراك في الهدي...

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه (١٣١٨) ٢: ٩٥٥ كتاب الحج، باب الاشتراك في الهدي...

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (١٧٥١) ٢: ١٤٥ كتاب المناسك، باب في هدي البقر.

وأخرجه ابن ماجة في سننه (٣١٣٣) ٢: ١٠٤٧ كتاب الأضاحي، باب عن كم تجزئ البدنة والبقرة.

فقال : أربع لا تجوز في الأضاحي : العوراء البيّن عورها ، والمريضة البين مرضها ، والعرجاء البين ضلعها ، والكسيرة التي لا تُنْقي ... مختصر »[1] . رواه أبو داود والنسائي .

وفي تقييد المصنف رحمه الله العوراء : بكونها بيناً عورها ، والعجفاء : بكونها لا تنقي ، والعرجاء : بكونها بيناً ضلعها ، والمريضة : بكونها بيناً مرضها إشعار بأنها إذا لم تكن كذلك تجزئ .

أما العوراء فلأنها إذا لم يكن عورها بيناً مثل إن كانت عينها قائمة لم يذهب منها عضو مستطاب بخلاف البينة العور فإنه يذهب منه عضو مستطاب وهو شحمة العين .

وأما العجفاء فلأنها إذا كان فيها نُقي وهو المخ تكون قريبة من غيرها بخلاف التي لا مخ فيها .

وأما العرجاء التي لا يكون ضلعها بيناً فلأنها تقدر على المشي بخلاف التي ضلعها بين .

وأما المريضة التي لا يكون مرضها بيناً فلأنها قريبة من الصحيحة ، وكذلك المرض اليسير لا يجوز معه الترخص بخلاف المرض الكثير .

وأما قول المصنف رحمه الله : وهي التي انخسفت عينها فتفسير للعوراء البين عورها .

وأما قوله : وهي الهزيلة التي لا مخ فيها فتفسير للعجفاء .

وأما قوله : فلا تقدر على المشي مع الغنم فتفسير للعرجاء البين ضلعها .

وأما عدم جواز العضباء فلما روي عن علي رضي الله عنه قال : « نهى رسول الله ﷺ أن يضحى بأعضب الأذن والقرن »[2] . رواه النسائي .

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢٨٠٢) ٣: ٩٧ كتاب الضحايا ، باب ما يكره من الضحايا .
وأخرجه النسائي في سننه (٤٣٦٩) ٧: ٢١٤ كتاب الضحايا ، ما نهي عنه من الأضاحي .
وفي ج: الكبيرة التي لا تنقي ، وما أثبتناه من النسائي ، وفي أبي داود: والكسير . ومعنى لا تُنقي: أي لا نقي لها أي لا مخ لها لضعفها وهزالها .

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٢٨٠٥) ٣: ٩٧ كتاب الضحايا ، باب ما يكره من الضحايا .
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٥٠٤) ٤: ٩٠ كتاب الأضاحي ، باب في الضحية بعضباء القرن والأذن .
وأخرجه النسائي في سننه (٤٣٧٧) ٧: ٢١٧ كتاب الضحايا ، العضباء .
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٣١٤٥) ٢: ١٠٥١ كتاب الأضاحي ، باب ما يكره أن يضحى به .
وأخرجه أحمد في مسنده (١١٥٨) ١: ١٣٧ .

وأما قول المصنف رحمه الله : وهي التي ذهب أكثر أذنها فتفسير للعضب ، وفي تكملة الحديث المتقدم : « قال قتادة : سألت سعيد بن المسيب فقال : نعم العضب : النصف فأكثر من ذلك »[1] .

وأما كراهة المعيبة الأذن بخرق أو شق أو قطع لأقل من النصف فلقول علي : « أمرنا رسول الله ﷺ أن نَستشرِفَ العين والأذن ، وأن لا نضحي بمقابَلةٍ ولا مُدابَرة ولا خَرقاء ولا شَرقَاء . قال أبو إسحاق السبيعي : المقابلة تقطع طرف الأذن . والمدابرة تقطع من مؤخر الأذن . والخرقاء تشق الأذن . والشرقاء تشق أذنها للسمة »[2] . رواه أبو داود .

فإن قيل : لم حمل هذا النهي على الكراهة ؟

قيل : لأن ما ذكر لا ينقص اللحم ويمكن التحرز منه .

قال : (وتجزئ الجماء والبتراء والخصي .

وقال ابن حامد : لا تجزئ الجماء) .

أما إجزاء الجماء -وهي : التي لم يخلق لها قرن- على قول غير ابن حامد فلأن عدم ذلك لا ينقص اللحم ولا يخل بالمقصود و لم يرد فيه نهي .

وأما عدم إجزائها على قول ابن حامد فلأن ما ذهب نصف قرنها لا تجزئ فالتي لا قرن لها بالكلية أولى أن لا تجزئ .

والأول أولى لما ذكر .

والفرق بين التي كسر قرنها وبين التي لم ينبت لها قرن أن التي كسر قرنها يكون كسره سبباً لنقصان لحمها ظاهراً بخلاف التي لم ينبت لها قرن .

وأما إجزاء البتراء وهي : التي لا ذنب لها فلما ذكر في التي لا قرن لها .

وأما إجزاء الخصي فـ « لأن النبي ﷺ ضحى بكبشين موجوئين »[3] .

---

(١) تكملة للحديث السابق وقد سبق تخريجه.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٢٨٠٤) ٣: ٩٧ كتاب الضحايا ، باب ما يكره من الضحايا .
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٤٩٨) ٤: ٨٦ كتاب الأضاحي، باب ما يكره من الأضاحي.
قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح .

(٣) أخرجه أحمد في مسنده (٢١٧٦١) ٥: ١٩٦ . عن أبي الدرداء .

والموجوء: المرضوض الخصيتين. وسواء في ذلك ما قطعت خصيتاه أو رضت بيضتاه أو سُلّتا؛ لأنه عضو غير مستطاب وبذهابه يطيب اللحم ويسمن.

قال: (والسنة نحر الإبل قائمة معقولة يدها اليسرى فيطعنها بالحربة في الوهدة التي بين أصل العنق والصدر. ويذبح البقر والغنم. ويقول عند ذلك: بسم الله والله أكبر. اللهم! هذا منك ولك).

أما مسنونية نحر الإبل وذبح البقر والغنم فـ «لأن النبيﷺ كان ينحر الإبل ويذبح غيرها». ولذلك لما كانت أكثر أموال العرب الإبل قال الله تعالى: ﴿فصل لربك وانحر﴾ [الكوثر:٢]، ولما كانت غالب أموال بني إسرائيل البقر قال الله تعالى: ﴿إن الله يأمركم أن تذبحوا بقرة﴾ [البقرة:٦٧].

وأما مسنونية نحر الإبل قائمة معقولة يدها اليسرى فـ «لأن ابن عمر رضي الله عنهما مر على رجل قد أناخ بدنة لينحرها فقال: ابعثها قائمة مقيدة سنة رسول الله ﷺ»[١] متفق عليه.

وأما قول المصنف رحمه الله: فيطعنها بالحربة فصفة للنحر.

وأما كون ذلك في الوهدة المذكورة فلأن عنق البعير طويلة فلو طعن بالقرب من رأسه لحصل له تعذيب عند خروج روحه.

وفي مسنونية نحر الإبل وذبح غيرها إشعار بجواز ذبح ما ينحر ونحر ما يذبح وهو صحيح؛ لأن النبي ﷺ قال: «أمْرِر الدم بما شئت»[٢].

وعن أسماء رضي الله عنها قالت: «نحرنا فرساً على عهد رسول الله ﷺ فأكلناه»[٣].

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (١٦٢٧) ٢: ٦١٢ كتاب الحج، باب نحر الإبل مقيدة.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٣٢٠) ٢: ٩٥٦ كتاب الحج، باب نحر البدن قياماً مقيدة.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٢٨٢٤) ٣: ١٠٢ كتاب الضحايا، باب في الذبيحة بالمروة.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٣١٧٧) ٢: ١٠٦٠ كتاب الذبائح، باب ما يذكى به.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٥٢٠٠) ٥: ٢١٠١ كتاب الذبائح والصيد، باب لحوم الخيل.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٩٤٢) ٣: ١٥٤١ كتاب الذبائح والصيد، باب في أكل لحوم الخيل.

وعن عائشة رضي الله عنها قالت: «نحر رسول الله ﷺ في حجة الوداع بقرة واحدة»[1].

وأما مسنونية قوله عند النحر والذبح: بسم الله والله أكبر اللهم! هذا منك ولك فـ «لأن النبي ﷺ كان إذا ذبح قال: بسم الله والله أكبر»[2].

وفي لفظ: «اللهم! منك ولك عن محمد وأمته. بسم الله والله أكبر ثم ذبح»[3] رواه أبو داود.

قال: (ولا يستحب أن يذبحها إلا مسلم. وإن ذبحها بيده كان أفضل فإن لم يفعل استحب أن يَشْهدها).

أما عدم استحباب أن يذبحها غير مسلم فلأن الذبح قربة فلا ينبغي أن يليه غير أهل القربة.

وفي قول المصنف رحمه الله: ولا يستحب أن يذبحها إلا مسلم إشعار بأنه لو ذبحها غير مسلم ممن تباح ذبيحته أجزأ. وصرح غيره من الأصحاب بأن الكتابي إذا ذبحها فيه روايتان:

أحدهما: لا يجزئ لأن في حديث ابن عباس: «ولا يذبح ضحاياكم إلا طاهر».

ولأنه قربة فلا يليها غير أهلها.

ولأن الشحوم مما يذبحونه تحرم علينا في رواية.

والثانية: تجزئ وهي الصحيحة؛ لأن من جاز له ذبح غير الأضحية جاز له ذبح الأضحية كالمسلم.

ولأن الكافر يجوز أن يتولى ما هو قربة كبناء المساجد والقناطر.

والحديث محمول على الأولى ونحن نقول به، وتحريم الشحوم ممنوع.

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (١٧٥٠) ٢: ١٤٥ كتاب المناسك، باب في هدي البقر.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٣١٣٥) ٢: ١٠٤٧ كتاب الأضاحي، باب عن كم تجزئ البدنة والبقرة.
وأخرجه أحمد في مسنده (٢٦١٥٢) ٦: ٢٤٨.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٢٨١٠) ٣: ٩٩ كتاب الضحايا، باب في الشاة يضحي بها عن جماعة.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٥٢١) ٤: ١٠٠ كتاب الأضاحي، باب.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٢٧٩٥) ٣: ٩٥ كتاب الضحايا، باب ما يستحب من الضحايا.

وأما كون ذبحها بيده أفضل فـ «لأن النبيﷺ نحر من هديه ثلاثاً وستين بدنة بيده»[1].

و «ذبح كبشين في الأضحية بيده»[2].

ولأن فعل القربة أولى من الاستنابة.

وأما استحباب حضورها إذا لم يذبحها بنفسه فلأن النبيﷺ قال لفاطمة رضي الله عنها: «احضري أضحيتك يغفر لك بأول قطرة تقطر من دمها»[3].

وفي حديث ابن عباس الطويل عن النبيﷺ: «واحضروها إذا ذبحتم فإنه يغفر لكم عند أول قطرة من دمها».

قال: (ووقت الذبح يوم العيد بعد الصلاة أو قدرها إلى آخر يومين من أيام التشريق ولا يجزئ في ليلتهما في قول الخرقي. وقال غيره: يجزئ. فإن فات الوقت ذبح الواجب قضاء وسقط التطوع).

أما أول وقت الذبح فظاهر كلام المصنف رحمه الله هنا إذا مضى أحد أمرين من صلاة العيد وقدرها لأنه ذكر ذلك بلفظ أو وهي للتخيير، ولم يفرق بين من تقام صلاة العيد في موضع ذبحه أو لم تقم لأن الذبح عبادة يتعلق آخرها بالوقت فتعلق أولها بالوقت كالصوم.

فعلى هذا إذا ذبح بعد الصلاة وقبل الخطبة أو بعد قدر الصلاة وقبل قدر الخطبة يجزئ؛ لأنه لم يشترط مضيّ الخطبة أو قدرها؛ لأن خطبة العيد سنة وليست واجبة فلم يشترط مضيها ولا مضي قدرها بخلاف الصلاة فإنها فرض كفاية.

وقال الخرقي: يشترط مضي قدر الخطبة قياساً على مضي قدر الصلاة.

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٢١٨) ٢: ٨٨٦ كتاب الحج، باب حجة النبي ﷺ.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٥٢٤٥) ٥: ٢١١٤ كتاب الأضاحي، باب التكبير عند الذبح.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٩٦٧) ٣: ١٥٥٧ كتاب الأضاحي، باب استحباب الضحية وذبحها مباشرة بلا توكيل والتسمية والتكبير.

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٩: ٢٨٣ كتاب الضحايا، باب ما يستحب للمرء من أن يتولى ذبح نسكه أو يشهده.
وأخرجه الحاكم في المستدرك (٧٥٢٥) ٤: ٢٤٧ كتاب الأضاحي.

وقد تقدم التنبيه على الفرق .

وظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله : أن من كان في مصر لا يذبح حتى

يصلي وهو الصحيح ؛ لما روى جندب بن عبدالله البجلي رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال : «من ذبح قبل أن يصلي فليعد مكانها أخرى»[1] .

وعن البراء رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ : «من صلى صلاتنا ونسك نسكنا فقد أصاب النسك ومن ذبح قبل الصلاة فلا نسك له»[2] متفق عليهما .

وفي لفظ : «إن أول نسكنا في يومنا هذا الصلاة ثم الذبح فمن ذبح قبل الصلاة فتلك شاة لحم»[3] .

فعلى هذا إنما تعتبر الصلاة في حق أهل المصر والقرية التي يصلى فيها . فأما الموضع الذي لا يصلى فيه عيد فيعتبر مضي قدر الصلاة أو قدر الصلاة والخطبة على ما تقدم لأنه لا صلاة لهم فاعتبارها مع عدمها متعذر . وهذا في اليوم الأول فأما الثاني والثالث فيجوز من أول النهار لعدم الصلاة فيه .

وأما آخره فآخر اليوم الثاني من أيام التشريق فتكون أيام النحر ثلاثة .

قال الإمام أحمد : أيام النحر ثلاثة عن غير واحد من أصحاب رسول الله ﷺ .

و «لأنه ﷺ نهى عن لحوم الأضاحي فوق ثلاث»[4] ويستحيل أن يباح ذبح الأضحية في وقت يحرم أكلها فيه . ثم رخص في الأكل ولم ينقل تغيير وقت الذبح .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٥١٨١) ٥: ٢٠٧١ كتاب الذبائح والصيد ، باب قول النبي ﷺ: «فليذبح على اسم الله» .

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٩٤٠) ١: ٣٣٤ كتاب العيدين ، باب كلام الإمام والناس في خطبة العيد...
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٩٦١) ٣: ١٥٥٣ كتاب الأضاحي ، باب وقتها .

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٩٢٢) ١: ٣٢٨ كتاب العيدين ، باب الخطبة بعد العيد .
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٩٦١) ٣: ١٥٥٣ كتاب الأضاحي ، باب وقتها .

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه (٥٢٤٩) ٥: ٢١١٥ كتاب الأضاحي ، باب ما يؤكل من لحوم الأضاحي وما يتزود منها .

⇦

وأما عدم إجزاء الذبح في ليلتي يومي الذبح المتقدم ذكرهما عند الخرقي فلأن الله تعالى قال: ﴿ويذكروا اسم الله في أيام معلومات على ما رزقهم من بهيمة الأنعام﴾ [الحج:٢٨] واليوم اسم لبياض النهار.

وعن النبي ﷺ «أنه نهى عن الذبح بالليل»[1].

ولأن الليل يتعذر فيه تفريق اللحم في الغالب فلا يفرق طريا فيفوت بعض المقصود.

وذكر المصنف رحمه الله في المغني: أن قول الخرقي منصوص أحمد. رواه الأثرم عنه.

وأما الإجزاء على قول غير الخرقي فلأن الليل زمن يصح فيه الرمي فصح فيه الذبح كالنهار.

وقال المصنف رحمه الله في المغني: أكثر من علمته من أصحابنا يذكرون رواية أنه يجوز الذبح بالليل ويختارونها.

وأما ذبح الواجب قضاء إذا فات الوقت فلأن الذبح أحد مقصودي الأضحية فلا يسقط بفوات وقته كما لو ذبحها ولم يفرق لحمها حتى يخرج الوقت.

وأما سقوط التطوع فلأن المحصل لتلك الفضيلة ذلك الزمان بدليل ما لو ذبحها قبل العيد فإذا فات سقط لفوات شرطه.

قال: (ويتعين الهدي بقوله: هذا هدي أو تقليده وإشعاره مع النية. والأضحية بقوله: هذه أضحية. ولو نوى حال الشراء لم يتعين بذلك).

أما تعين الهدي بقوله: هذا هدي فلأنه لفظ يقتضي الإيجاب فوجب أن يترتب عليه مقتضاه كلفظ الوقف.

⇦

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٩٧٢) ٣: ١٥٦٢ كتاب الأضاحي، باب بيان ما كان من النهي عن أكل لحوم الأضاحي بعد ثلاث...

(١) ذكره ابن حجر في تلخيصه وعزاه إلى الطبراني من حديث ابن عباس، قال: وفيه سليمان بن سلمة الخبائري، وهو متروك. ٤: ٢٦٠.

وقد أخرج البيهقي في السنن الكبرى (٩: ٢٩٠) عن الحسن: «نهي عن جداد الليل، وحصاد الليل، والأضحى بالليل».

وأما تعينه بتقليده وإشعاره مع النية فلأن ذلك بمنزلة ما لو بنى مسجداً وأذن للناس في الصلاة فيه .

وأما تعين الأضحية بقوله : هذه أضحية فلما تقدم في الهدي .

وأما عدم تعين الهدي والأضحية بنية ذلك حال الشراء فلأن جعلها المشتري هدياً أو أضحية إزالة ملك على وجه القربة فلم تؤثر النية المقارنة للشراء فيه كالعتق والوقف .

قال : (وإذا تعينت لم يجز بيعها ولا هبتها إلا أن يبدلها بخير منها . وقال أبو الخطاب : لا يجوز أيضاً) .

أما عدم جواز بيع ما تعين وهبته فـ «لأن النبي ﷺ أمر بقسم جلودها وجلالها ونهى أن يعطى الجازر منها شيئاً»[1] فلأن لا يجوز بيعها وهبتها المزيلان للملك بالكلية بطريق الأولى .

ولأنه جعل ذلك لله فلم يجز بيعه ولا هبته كالوقف .

وأما الإبدال فالمنصوص عن الإمام أحمد أنه يجوز بخير منها ؛ لأنه عدل عن المعين إلى خير منه من جنسه فأجزأ عنه كما لو وجب عليه بنت لبون في الزكاة فأخرج حقة .

وقال أبو الخطاب : لا يجوز ؛ لأنه نوع تصرف فلم يجز كالبيع .

وقول المصنف رحمه الله : بخير منها يدل بمفهومه على أنه لا يجزئ بمثلها ولا دونها وهو صحيح ؛ لأنه لا فائدة في الإبدال .

وذكر القاضي في إبدالها بمثلها احتمالين :

أحدهما : يجوز ؛ لأنه لا ينقص مما وجب عليه شيء .

والثاني : لا يجوز ؛ لأنه يغير ما عينه لغير فائدة .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (١٦٣٠) ٢: ٦١٣ كتاب الحج ، باب يتصدق بجلود الهدي .
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٣١٧) ٢: ٩٥٤ كتاب الحج ، باب في الصدقة بلحوم الهدى وجلودها وجلالها .

قال : (وله ركوبها عند الحاجة ما لم يضر بها) .

أما جواز ركوبها عند الحاجة في الجملة ؛ فلما روى أبو هريرة رضي الله عنه

« أن رسول الله ﷺ رأى رجلاً يسوق بدنة . فقال : اركبها . فقال : إنها بدنة . فقال : اركبها ويلك في الثانية أو في الثالثة »[1] متفق عليه .

وأما ما يشترط لجواز ذلك فأمران :

أحدهما : دعوة الحاجة لأن في حديث آخر قال : « اركبها بالمعروف إذا ألجئت إليها حتى تجد ظهراً »[2] رواه أبو داود .

وثانيهما : عدم الإضرار بها ؛ لأن ركوبها إذا كان يضر بها يؤدي إلى ضرر الفقراء وذلك غير جائز .

قال : (وإن ولدت ذبح ولدها معها ، ولا يشرب من لبنها إلا ما فضل عن ولدها . ويجز صوفها ووبرها ويتصدق به إن كان أنفع لها . ولا يعطى الجازر بأجرته شيئاً منها) .

أما ذبح ولدها معه وعدم الشرب من لبنها إلا الفاضل عن ولدها فلما روي « أن علياً رضي الله عنه جاءه رجل يسوق بقرة معها عجل لها . فقال : يا أمير المؤمنين ! إني اشتريت هذه البقرة لأضحي بها وإنها وضعت هذا العجل . فقال علي رضي الله عنه : لا تحلبها إلا فضلاً عن ولدها فإذا كان يوم الأضحى فاذبحها وولدها عن سبعة »[3] رواه سعيد بن منصور .

ولأن شرب اللبن الفاضل انتفاع لا يضر بها ولا بولدها أشبه الركوب .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٥٨٠٨) ٥: ٢٢٨٠ كتاب الأدب ، باب ما جاء في قول الرجل: ويلك . وأخرجه مسلم في صحيحه (١٣٢٢) ٢: ٩٦٠ كتاب الحج ، باب جواز ركوب البدنة المهداة لمن احتاج إليها .

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (١٧٦١) ٢: ١٤٧ كتاب المناسك ، باب في ركوب البدن .

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٩: ٢٨٨ كتاب الضحايا، باب ما جاء في ولد الأضحية ولبنها. وأخرجه الرزاي في علل الحديث (١٦١٩) ٢: ٤٦ علل أخبار في الأضاحي والذبائح.

وأما جواز جز صوفها ووبرها إن كان أنفع لها مثل أن يكون زمن الربيع فتخف بجزه وتسمن فلأن ذلك لمصلحتها .

فعلى هذا يتصدق به كما لو أخذه بعد الذبح .

وفي تقييد جواز ذلك بكونه أنفع لها إشعار بأنه إذا كان الجز يضر بها لكون الصوف والوبر يقيها الحر والبرد لم يجز وهو صحيح ؛ لأنه حينئذ قطع شيء يضر بها فلم يجز كما لا يجوز قطع بعض أعضائها .

وأما عدم إعطاء الجازر بأجرته شيئاً منها فلأن علياً رضي الله عنه قال : « أمرني يعني رسول الله ﷺ أن لا أعطي الجازر منها شيئاً . وقال : نحن نعطيه من عندنا »[1] .

ولأنه إذا أعطاه ذلك أجرة كان بمنزلة المعاوضة ، والمعاوضة في ذلك غير جائزة لما تقدم .

وقول المصنف رحمه الله : بأجرته فيه تنبيه على جواز إعطائه لغير ذلك مثلاً : أن يكون فقيراً أو ممن يهدى إليه ؛ لأنه مستحق للأخذ فهو كغيره بل أولى ؛ لأنه باشرها وتاقت نفسه إليها .

فإن قيل : الحديث شامل للأجرة وغيرها .

قيل : المراد الأجرة لأن في قوله : « نحن نعطيه من عندنا » دليلاً على إرادتها .

قال : (وله أن ينتفع بجلدها وجلها ولا يبيعه ولا شيئاً منها) .

أما جواز الانتفاع بجلد الأضحية فلأنه جزء منها فجاز للمضحي فعله كاللحم ، وقد روي عن عكرمة ومسروق رضي الله عنهما « أنهما كانا يدبغان جلد أضحيتهما ويصليان عليه » .

وأما جواز الانتفاع بجلها فلأنه إذا جاز الانتفاع بجلدها فلأن يجوز الانتفاع بالجل بطريق الأولى .

وأما عدم جواز بيع جلد الأضحية أو شيء منها فلما تقدم في بيع الأضحية وهبتها .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (١٦٣٠) ٢: ٦١٣ كتاب الحج ، باب يتصدق بجلود الهدي .
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٣١٧) ٢: ٩٥٤ كتاب الحج ، باب في الصدقة بلحوم الهدى وجلودها وجلالها .

وإنما نص المصنف رحمه الله على عدم جواز بيعه وهبته مع أن ما تقدم يدل عليه ؛ رفعاً لتوهم الفرق بن حياة الأضحية وذبحها .

وذهب إليه الحسن البصري والنخعي فإنهما قالا : يباع الجلد ويشترى به الغربال والمنخل وآلة البيت .

والأولى عدم جواز البيع لما ذكر قبل ؛ لأنه شيء ينتفع به هو وغيره ويجري مجرى لحمها .

وأما الجل فما تجلل به .

قال : (وإن ذبحها فسرقت فلا شيء عليه فيها ، وإن ذبحها ذابح في وقتها بغير إذن أجزأت ولا ضمان على ذابحها) .

أما عدم وجوب شيء على من سرقت أضحيته بعد ذبحها فلأنها أمانة في يده فلم تضمن بالسرقة كالوديعة .

وأما إجزاء ذبحها إذا ذبحها ذابح في وقتها بغير إذن فلأن الذبح لا يفتقر إلى نية فإذا فعلها الغير أجزأت كإزالة النجاسة .

وأما عدم الضمان على الذابح فلأنها وقعت موقعها فلم يضمن ذابحها كما لو كان بإذن .

ولأنه إراقة دم متعين لحق الله تعالى فلم يضمن ذابحها كقاتل المرتد بغير إذن الإمام .

قال : (وإن أتلفها أجنبي فعليه قيمتها ، وإن أتلفها صاحبها ضمنها بأكثر الأمرين من مثلها أو قيمتها ، فإن ضمنها بمثلها وأخرج فضل القيمة جاز ويشتري به شاة أو سبع بدنة ، فإن لم يبلغ اشترى به لحماً فتصدق به أو يتصدق بالفضل . وإن تلفت بغير تفريطه لم يضمنها) .

أما ضمان الأجنبي الأضحية التي أتلفها بقيمتها فلأنها من المتقومات . وتعتبر القيمة يوم التلف لأنه لو أتلف غير الأضحية لاعتبر ذلك فكذلك الأضحية .

وأما صاحبها فقال أبو الخطاب : يلزمه أكثر الأمرين مما ذكر لأنه تعلق به حق الله تعالى في ذبحها فوجب عليه أكثر الأمرين ليوفي بحق الله تعالى فيها .

وقال القاضي : لا يلزمه إلا القيمة كالأجنبي .

والأول أولى ؛ لما ذكر قبل بخلاف الأجنبي .

وأما جواز إخراج فضل القيمة إذا ضمنها بمثلها فلأن ذلك بمنزلة ما لو أخرج في الزكاة عن الجياد مكسرة وأخرج الفضل .

فإن قيل : ما مثال فضل القيمة عن المثل ؟

قيل : أن تكون الأضحية يوم الإتلاف تساوي عشرة فصار مثلها يساوي خمسة فإذا اشترى مثلها بخمسة بقي عليه خمسة .

فإن قيل : بقاء الخمسة المذكورة عليه على قولنا يلزمه أكثر الأمرين أو على قولنا يلزمه قيمتها ؟

قيل : بل ذلك عليه على القولين جميعاً . ولذلك قال المصنف رحمه الله في المغني في هذه الصورة : تلزمه عشرة وجهاً واحداً . وهو صحيح لأن من قال تلزمه القيمة فالقيمة عشرة ، ومن قال يلزمه أكثر الأمرين فالقيمة هنا أكثر الأمرين .

وأما ما يصنع بالفضل فنقول : إن أمكنه أن يشتري شاة أو سبع بدنة كما في هذه الصورة لزمه ؛ لأن الذبح مقصود في الأضحية فإذا أمكنه الإتيان به لزمه وإن لم يتسع الفضل لشاة أو سبع بدنة فظاهر كلام المصنف رحمه الله هنا : أنه يتخير بين شراء لحم وبين التصدق بالفضل لأنه ذكره بلفظ أو المقتضية للتخيير وفي المسألة وجهان :

أحدهما : كما ذكر المصنف رحمه الله ؛ لأنه إذا لم يحصل له التقرب بإراقة الدم كان اللحم وثمنه سواء .

الثاني : يتعين عليه شراء اللحم مع القدرة عليه ؛ لأن الذبح وتفرقة اللحم مقصودان فإذا تعذر أحدهما وجب الآخر وهكذا حكم الأجنبي إذا لم تبلغ القيمة ثمن أضحية .

وأما عدم الضمان إذا تلفت بغير تفريط فلما تقدم من أنها أمانة فلم يضمنها بغير تفريط كالوديعة .

قال : (وإن عطب الهدي في الطريق نحره موضعه وصبغ نعله التي في عنقه في دمه وضرب بها صفحته ليعرفه الفقراء فيأخلوه ، ولا يأكل منه هو ولا أحد من أهل رفقته) .

أما نحره الهدي المذكور وفعله ما ذكر وعدم جواز الأكل له ولأحد من رفقته فلما روى ابن عباس رضي الله عنهما أن ذؤيباً أبا قبيصة حدثه «أن رسول الله ﷺ كان يبعث معه بالبدن ثم يقول : إن عطب منها شيء فخشيت عليه موتاً فانحرها . ثم اغمس نعلها في دمها . ثم اضرب به صفحتها . ولا تَطْعَمْها أنت ولا أحد من أهل رفقتك»[1] أخرجه مسلم .

فإن قيل : فقد روى صاحب بدن رسول الله ﷺ «أنه قال : يا رسول الله! كيف أصنع بما عطب من الهدي ؟ قال : انحره ثم اغمس قلائده في دمه ثم اضرب بها صفحة عنقه ثم خل بينه وبين الناس»[2] .

فقوله : خل بينه وبين الناس يدل على تسوية الرفقة بالأجانب وهذا الحديث راجح على غيره .

قال ابن عبدالبر : هذا الحديث أصح من حديث ابن عباس وعليه العمل عند الفقهاء .

قيل : حديث ابن عباس صحيح أخرجه مسلم وهو متضمن لمعنى خاص يجب تقديمه على عموم ما يخالفه . والتسوية بين الرفقة والأجانب لا يصح لأن الرجل يشفق على رفيقه وربما أوسع عليه من ماله فيتهم في حقه دون الأجنبي .

وأما النعل فهي التي يقلد بها الهدي لما روي في حديث صاحب بدن رسول الله ﷺ .

وأما قول المصنف رحمه الله : ليعرفه الفقراء فتنبيه على أن صبغ النعل إنما كان من أجل معرفة الفقراء كون المذبوح هدياً .

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٣٢٦) ٢: ٩٦٣ كتاب الحج ، باب ما يفعل بالهدي إذا عطب في الطريق .
(٢) أخرجه الترمذي في جامعه (٩١٠) ٣: ٢٥٣ كتاب الحج ، باب ما جاء إذا عطب الهدي ما يصنع به .

وأما الحكمة في منع السائق ورفقته من أكلها فلئلا يُقَصّر في حفظها فيعطبها ليأكل هو ورفقته منها .

(وإن تعينت ذَبَحَها وأجزأته إلا أن تكون واجبة في ذمته قبل التعيين كالفدية والمنذور في الذمة فإن عليه بدلها . وهل له استرجاع هذا العاطب والمعيب؟ على روايتين. وكذلك إن ضلت فذبح بدلها ثم وجدها) .

أما ذبح المتعينة إذا تعينت عنده ولم يكن عن واجب في الذمة وإجزاؤه ذبحها من غير بدل فلما روى أبو سعيد رضي الله عنه قال : «ابتعنا كبشاً نضحي به فأصاب الذئب من إليته . فسألنا النبيﷺ فأمرنا أن نضحي به»[1] . رواه ابن ماجة .

ولأنه عيب حدث في الأضحية الواجبة فلم يمنع الإجزاء كما لو حدث بها عيب لمعالجة الذبح .

وأما لزوم البدل إذا كانت عن واجب في ذمته مثل إن نذره ، أو كان قد لزمه ذلك من تمتع أو قران أو حلق أو نحو ذلك ثم عين ذلك في شيء بعينه فتعيب فكما لو كان لرجل عليه دين فاشترى به منه مكيلاً فتلف قبل قبضه انفسخ البيع وعاد الدين إلى ذمته .

وأما جواز استرجاع هذا العاطب والمعيب ففيه روايتان :

أحدهما : له استرجاعه وتصرفه فيه بما شاء ؛ لأنه إنما عيّنه عن ما في ذمته فإذا لم يقع عنه عاد إلى صاحبه على ما كان كمن أخرج زكاته فبان أنها غير واجبة عليه .

والأخرى : ليس له ذلك ؛ لأنه صار للمساكين أشبه الذي عيّنه ابتداء .

وأما كون حكم الضال حكم المتعين إذا تعيب في ذبح بدله وفي استرجاعه وعدمه ؛ فلأنه يساويه معنى فوجب أن يساويه حكماً . ويقوّي لزوم ذبحه مع ذبح الواجب ما روي عن عائشة رضي الله عنها «أنها أهدت هديين فأضلتهما . فبعث إليها ابن الزبير

---

(١) أخرجه ابن ماجة في سننه (٣١٤٦) ٢: ١٠٥١ كتاب الأضاحي ، باب من اشترى أضحية صحيحة فأصابها عنده شيء .

هديين فنحرتهما . ثم عاد الضالان فنحرتهما . وقالت : هذه سنة الهدي »[1] وهذا ينصرف إلى سنة النبي ﷺ .

(١) أخرجه الدارقطني في سننه (٢٩) ٢: ٢٤٢ كتاب الحج ، باب المواقيت .

فصل (في سَوْق الهدي)

قال المصنف رحمه الله : (سَوْق الهدي مسنون لا يجب إلا بالنذر . ويستحب أن يقفه بعرفة ويجمع فيه بين الحل والحرم ولا يجب ذلك) .

أما مسنونية سوق الهدي فلأن النبي ﷺ كان يفعله . روى ابن عمر رضي الله عنهما قال : «تمتع رسول الله ﷺ بالعمرة إلى الحج فساق الهدي من ذي الحليفة»[1] متفق عليه .

وأما عدم وجوبه مع عدم النذر فلأن الغرض إراقة الدم وتفريق اللحم وهو حاصل بدون السوق .

وأما وجوبه مع النذر فلأنه سنة وطاعة فوجب الوفاء به لقوله ﷺ : «من نذر أن يطيع الله فليطعه»[2] وقياساً على نذر سائر القرب .

وأما استحباب وقفه بعرفة وجمعه فيه بين الحل والحرم[3] .

قال : (ويسن إشعار البدنة فيشق صفحة سنامها حتى يسيل الدم ويقلدها ويقلد الغنم النعل وآذن القرب والعري) .

أما مسنونية إشعار البدنة وتقليدها فلما روت عائشة رضي الله عنها قالت : «فتلت قلائد هدي النبي ﷺ ثم أشعرها وقلدها»[4] متفق عليه .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (١٦٠٦) ٢: ٦٠٧ كتاب الحج ، باب من ساق البُدن معه .
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٢٢٧) ٢: ٩٠١ كتاب الحج ، باب وجوب الدم على المتمتع ، وأنه إذا عدمه لزمه صوم ثلاثة أيام في الحج .

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٦٣١٨) ٦: ٢٤٦٣ كتاب الأيمان والنذور ، باب النذر في الطاعة .

(٣) بياض في ج مقدار سطرين .

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه (١٦١٢) ٢: ٦٠٩ كتاب الحج ، باب إشعار البدن.

⇦

وروى ابن عباس رضي الله عنهما «أن النبي ﷺ صلى بذي الحليفة ثم دعى ببدنة وأشعرها من صفحة سنامها الأيمن وسلت الدم عنها بيده»[1] رواه مسلم .

ومراد المصنف رحمه الله بالبدنة الإبل والبقر ؛ أما الإبل فلحديث ابن عباس ؛ وأما البقر فلأنها من البدن فسن إشعارها وتقليدها كالإبل .

وأما قول المصنف رحمه الله فيشق صفحة سنامها فبيان لصفة الإشعار .

وأما مسنونية تقليد الغنم فلأن عائشة رضي الله عنها قالت : «كنت أفتل قلائد الغنم للنبي ﷺ»[2] رواه البخاري .

ولأنه هدي فاستحب تقليده كالإبل .

ولأنه إذا سن تقليد الإبل مع إمكان معرفتها بالإشعار فالغنم أولى .

وفي ذكر المصنف رحمه الله الإشعار والتقليد في البدنة والتقليد فقط في الغنم إشعار بأنه لا يسن إشعار الغنم وهو صحيح ؛ لأنه لم ينقل عن النبي ﷺ ولا عن أحد من السلف .

قال : (وإذا نذر هدياً مطلقاً فأقل ما يجزئه شاة أو سُبع بدنة . وإن نذر بدنة أجزأته بقرة) .

أما كون الشاة أو سُبع البدنة أقل ما يجزئ إذا نذر هدياً مطلقاً فلأن المطلق في النذر يجب حمله على معهود الشرع ، والهدي الواجب في الشرع إنما هو من النعم ، وأقله ما ذكرناه فحمل عليه ، ولهذا قال الله تعالى﴿فما استيسر من الهدي﴾ [البقرة:١٩٦] في المتعة فحمل على ما ذكر .

وأما إذا ...[3] :

⇨

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٣٢١) ٢: ٩٥٧ كتاب الحج ، باب استحباب بعث الهدي إلى الحرم لمن لا يريد الذهاب بنفسه .

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٢٤٣) ٢: ٩١٢ كتاب الحج ، باب تقليد الهدي وإشعاره عند الاحرام .

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (١٦١٦) ٢: ٦٠٩ كتاب الحج ، باب تقليد الغنم .

(٣) عدة كلمات غير واضحة في ج.

أحدها : أن ينوي الإبل خاصة فلا يجزئه غير ذلك الجنس ؛ لأن منه بعض فيتعين بها .

الثانية : أن ينوي الإبل والبقر فيجزئه كل واحد منهما ؛ لما ذكر .

الثالثة : أن يطلق النذر فتجزئ البقرة عن البدنة لأنها تجزئ عن سبعة كالواحدة من الإبل .

ولأنه يصح إطلاق لفظ البدنة على البقرة اشتقاقا ونقلاً : أما الاشتقاق فإن لفظ البدنة مشتق من البدانة وهي الضخامة والكبر . يقال : بدن إذا كبر وسمن وكثر لحمه وهذا المعنى موجود في البقر .

وأما النقل فما روى جابر رضي الله عنه قال : « كنا ننحر البدنة عن سبعة فقيل له : والبقرة فقال : وهل هي إلا من البدن »[1] .

ولقائل أن يقول : لا يلزم من إجزاء البقرة في باب الهدايا والضحايا عن سبعة كالبدنة إجزاؤها عن نذر البدنة لأن اللفظ وإن أطلق عليها لكنه غالب في الإبل والظاهر من حال الناذر استعمال اللفظ فيما هو غالب فيحمل عليه ، وحديث جابر في الهدايا في الحج ونحن نقول به .

قال : (فإن عين الهدي بنذره أجزاه ما عينه : صغيراً كان أو كبيراً من الحيوان وغيره ، وعليه إيصاله إلى فقراء الحرم إلا أن يعينه موضع سواه) .

أما إجزاء ما عينه بنذره من صغير وكبير ومريض فلأن لفظه لم يتناول غيره فإذا صرف المعين إلى مستحقه فقد خرج عن عهدة نذره .

وأما إجزاء الهدي من الحيوان وغيره فلأن النبيﷺ قال : « من راح في الساعة الرابعة فكأنما قرب دجاجة ، ومن راح في الساعة الخامسة فكأنما قرب بيضة »[2] .

---

(١) سبق تخريجه ص: ١٣٥.

(٢) سبق تخريجه ص: ٢٣٢.

وأما وجوب إيصاله إلى فقراء الحرم إذا لم يعينه موضع سواه فلأن إطلاق الهدي يقتضي ذلك. قال الله تعالى: ﴿بالغ الكعبة﴾ [المائدة:٩٥]. ثم ينظر فإن كان الهدي مما ينقل نقل، وإن كان مما لا ينقل كالدور بيع وصرف ثمنه إليهم؛ لأنه لا يمكنه إهداؤه بعينه فانصرف إلى بدله، وعن ابن عمر رضي الله عنهما «أن رجلا سأله عن امرأة نذرت أن تهدي داراً قال: تبيعها وتصدق بثمنها على فقراء الحرم».

وأما إيصاله إلى فقراء الموضع الذي عيّنه مثل: أن يعيّنه للمدينة أو للثغور وما أشبه ذلك فلأنه قصد نفع أهله فلزمه إيصاله إليهم كأهل مكة، وروي «أن رجلاً نذر أن ينحر بالأبواء فأمره النبي ﷺ بوفاء نذره»[1] رواه أبو داود.

قال: (ويستحب أن يأكل من هديه. ولا يأكل من واجب إلا من دم المتعة والقران).

أما استحباب أكله من الهدي المتطوع به فلأن الله تعالى قال: ﴿فكلوا منها﴾ [الحج:٢٨].

ولأن النبي ﷺ أكل من بدنه التي أهداها تطوعاً[2].

ولا فرق في الهدي المذكور بين أن يكون ذُبح من غير إيجاب وبين ما أوجبه ابتداء من غير أن يكون في ذمته شيء لاشتراكهما في أصل التطوع.

وأما مقدار ما يستحب أكله فقال ابن عقيل: يأكل الثلث، ويهدي الثلث، ويتصدق بالثلث كالأضحية.

والأولى أن يتصدق بجميعها إلا اليسير كما فعل النبي ﷺ حين نحر بدنه.

وأما عدم جواز أكله من هديٍ واجب غير المتعة والقران فلأنه وجب للفقراء فلم يجز الأكل منه كسائر الواجبات.

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٣١٣) ٣: ٢٣٨ كتاب الأيمان والنذور، باب ما يؤمر به من الوفاء بالنذر.
(٢) كما في حديث جابر الطويل، أخرجه مسلم في صحيحه (١٢١٨) ٢: ٨٨٦ كتاب الحج.

وأما جواز الأكل من دم المتعة والقران فلما روي «أن أزواج رسول الله ﷺ تمتعن معه في حجة الوداع وأدخلت عائشة رضي الله عنها الحج على المتعة حين حاضت فصارت قارنة فذبح رسول الله ﷺ عنهن البقر وأكلوا من لحومها»[1] .

(١) عن عمرة بنت عبدالرحمن قالت: سمعت عائشة رضي الله عنها تقول: «خرجنا مع رسول الله ﷺ لخمسٍ بَقِينَ من ذي القعدة لا نرى إلا الحج ، فلما دنونا من مكة أمر رسول الله ﷺ من لم يكن معه هدي إذا طاف وسعى بين الصفا والمروة أن يحل ، قالت: فدُخل علينا يوم النحر بلحم بقر فقلت: ما هذا؟ قال: نحر رسول الله ﷺ عن أزواجه».
أخرجه البخاري في صحيحه (١٦٢٣) ٢: ٦١١ كتاب الحج، باب ذبح الرجل البقر عن نسائه من غير أمرهن.

فصل (في الأضحية)

قال المصنف رحمه الله : (والأضحية سنة مؤكدة . ولا تجب إلا بالنذر . وذبحها أفضل من الصدقة بثمنها) .

أما مسنونية الأضحية فلأن النبيﷺ ضحى وحث على فعلها . وقد تقدم ذلـك في أول الباب مستقصى فلا حاجة إلى إعادته[1] .

وأما عدم وجوبها مع عدم النذر فلأن النبيﷺ قال : «ثلاث كتبت عليّ وهن لكم تطوع : الوتر والنحر وركعتا الفجر »[2] رواه الدارقطني .

ولأن النبي ﷺ قال : «من أراد أن يضحي ودخل العشر فلا يـأخذ مـن شعره ولا بشرته شيئاً حتى يضحي »[3] علقه على الإرادة والواجب لا يعلق على الإرادة .

ولأنها ذبيحة لم يجب تفريق لحمها فلم تكن واجبة كالعقيقة .

ولا فرق في ذلك بين الغني والفقير لعموم ما تقدم .

وعن أحمد رحمه الله : هي واجبة على الغني لما روى أبـو هريـرة رضـي الله عنـه أن رسول الله ﷺ قال : «من كان له سعة و لم يضح فلا يقربن مصلانا »[4] .

ولما روي أنه قال : «يا أيها الناس! إن على أهل كل بيت في كـل عـام أضحيـة أو عتيرة »[5] أخرجهما ابن ماجة .

---

(١) ر . ص: ٢٣١.

(٢) أخرجه الدارقطني في سننه (١) ٢: ٢١ كتاب الوتر .
وأخرجه الحاكم في مستدركه (١١١٩) ١: ٤٤١ كتاب الوتر . قال في التلخيص: ما تكلم الحاكم عليه، وهو غريب منكر، ويحيى ضعفه النسائي والدارقطني.

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه (١٩٧٧) ٣: ١٥٦٥ كتاب الأضاحي ، باب نهي من دخل عليه عشر ذي الحجة ، وهو مريد التضحية ، أن يأخذ من شعره أو أظفاره شيئاً .

(٤) أخرجه ابن ماجة في سننه (٣١٢٣) ٢: ١٠٤٤ كتاب الأضاحي ، باب الأضاحي واجبة هي أم لا ؟ .

(٥) أخرجه ابن ماجة في سننه (٣١٢٥) ٢: ١٠٤٥ كتاب الأضاحي ، باب الأضاحي واجبة هي أم لا ؟ .

والأول أصح لما ذكر .

وأما قوله : « فلا يقربن مصلانا » فضعيف عند أهل الحديث وعلى تقدير صحته يحمل على تأكيد الاستحباب كما حمل قوله ﷺ « من أكل من هاتين الشجرتين فلا يقربن مصلانا »[1] .

وأما قوله : « على أهل كل بيت ... الحديث » فمنسوخ بما يذكر في آخر فصل العقيقة[2] .

وعلى تقدير عدم نسخه يحمل على تأكيد الاستحباب كقوله ﷺ : « غسل الجمعة واجب على كل محتلم »[3] .

وأما كون ذبحه أفضل من الصدقة بثمنها فلأن النبي ﷺ والخلفاء بعده عدلوا عن الصدقة بثمن الأضحية إلى ذبحها وواظبوا على ذلك وهم لا يواظبون إلا على الأفضل .

ولأن إيثار الصدقة بثمنها على ذبحها يفضي إلى ترك سنة سنها رسول الله ﷺ .

قال : (والسنة أن يأكل من أضحيته ثلثها ويهدي ثلثها ويتصدق بثلثها . فإن أكل أكثر جاز وإن أكلها [كلها][4] ضمن أقل ما يجزئ في الصدقة منها) .

أما مسنونية أكل ثلثها وإهداء ثلثها والتصدق بثلثها فلأن ابن عباس روي عن النبي ﷺ أنه قال في الأضحية : « ويطعم أهل بيته الثلث ، ويطعم فقراء جيرانه الثلث ، ويتصدق على السُّؤّال بالثلث » أخرجه الحافظ أبو موسى في الوظائف وقال : هذا حديث حسن .

وعن ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال : « الضحايا والهدايا ثلث لك وثلث لأهلك وثلث للمساكين » .

وأما جواز أكل أكثرها فلأن الأمر بالأكل مطلق فإذا أكل الأكثر وتصدق بالباقي خرج عن العهدة وأن القصد لا يخلو من قربة وذلك يحصل بصدقة الأقل .

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٨٢٧) ٣: ٣٦١ كتاب الأطعمة ، باب في أكل الثوم .

(٢) ر ص: ٢٥٩.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٣٤١) ١: ٩٤ كتاب الطهارة ، باب في الغسل يوم الجمعة .

(٤) زيادة من المقنع .

وأما ضمان أقل ما يجزئ في الصدقة منها إذا أكلها كلها فلأن الله تعالى قال : ﴿وأطعموا القانع والمعتر﴾ [الحج:٣٦] أمر والأمر للوجوب فإذا وجب التصدق بشيء منها وجب أن يضمنه إذا أكله كسائر الواجبات المتلفة .

ولم يذكر المصنف رحمه الله مقدار ما يجب . وصرح في الكافي بأن صدقة الأوقية تجزئ لأنه يحصل به الوفاء بالأمر .

فعلى هذا يضمن هذا القدر .

وقال أبو الخطاب : يضمن القدر المشروع للصدقة . وهو منصوص الإمام أحمد . وفيه نظر .

قال : (ومن أراد أن يضحي فدخل العشر فلا يأخذ من شعره وبشرته شيئاً . وهل ذلك حرام ؟ على وجهين) .

أما عدم أخذ من أراد أن يضحي فدخل العشر شيئاً من شعره وبشرته حتى يضحي فلأن النبي ﷺ قال : «من أراد أن يضحي فدخل العشر فلا يأخذ من شعره ولا بشرته شيئاً حتى يضحي»[1] .

وأما حرمة ذلك ففيه وجهان :

أحدهما : لا يحرم ويكره : أما عدم الحرمة فلقول عائشة رضي الله عنها : «كنت أفتل قلائد الهدي لرسول الله ﷺ ثم يبعث بها ، ولا يحرم عليه شيء أحله الله له حتى ينحر الهدي»[2] .

وأما الكراهة فلأن أدنى أحوال النهي الكراهة .

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٩٧٧) ٣: ١٥٦٥ كتاب الأضاحي ، باب نهي من دخل عليه عشر ذي الحجة ، وهو مريد التضحية ، أن يأخذ من شعره أو أظفاره شيئاً .

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (١٦١٣) ٢: ٦٠٩ كتاب الحج ، باب من قلد القلائد بيده.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٣٢١) ٢: كتاب الحج ، باب استحباب بعث الهدي إلى الحرم لمن لا يريد الذهاب بنفسه .

والثاني : يحرم وحكاه ابن المنذر عن أحمد رحمه الله عليه لما تقدم من قوله ﷺ : «من أراد أن يضحي فدخل العشر فلا يأخذ من شعره ولا بشرته شيئاً حتى يضحي»[1] .

ومقتضى النهي التحريم .

(١) سبق تخريجه قبل الحديث السابق .

فصل (في العقيقة)

قال المصنف رحمه الله: (والعقيقة سنة مؤكدة).

أما ماهية العقيقة ففي الشرع: الذبيحة عن المولود. والأصل فيها الشعر على المولود وجمعها عقائق ثم سميت الذبيحة عند حلق شعر المولود عقيقة تسمية للشيء باسم ما جاوره.

قال ابن عبدالبر: أنكر أحمد رحمه الله هذا التفسير فقال: إنما العقيقة الذبح نفسه لأنه يقال: عق إذا قطع ومنه عق والديه إذا قطعهما.

وأما كونها سنة مؤكدة فلما روى سمرة بن جندب رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه قال: «كل غلام مرتهن بعقيقته»[1] رواه أبو داود والترمذي وصححه.

و «لأن النبي ﷺ عقّ عن الحسن والحسين»[2].

قال: (والمشروع أن يذبح عن الغلام شاتين، وعن الجارية شاة يوم سابعه، ويحلق رأسه ويتصدق بوزنه ورقاً، فإن فات ففي أربعة عشر، فإن فات ففي إحدى وعشرين).

أما مشروعية ذبح شاتين عن الغلام وشاة عن الجارية فلما روت عائشة رضي الله عنها «أن النبي ﷺ أمرهم أن يعقوا عن الغلام شاتين مكافئتين وعن الجارية شاة»[3] رواه أحمد وابن ماجة.

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢٨٣٨) ٣: ١٠٦ كتاب الضحايا، باب في العقيقة.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٥٢٢) ٤: ١٠١ كتاب الأضاحي، باب من العقيقة.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٢٨٤١) ٣: ١٠٧ كتاب الضحايا، باب في العقيقة.
وأخرجه النسائي في سننه (٤٢١٩) ٧: ١٦٥ كتاب العقيقة، كم يعق عن الجارية.
وأخرجه أحمد في مسنده (٢٣٠٥١) ٥: ٣٥٥.

(٣) أخرجه ابن ماجة في سننه (٣١٦٣) ٢: ١٠٥٦ كتاب الذبائح، باب العقيقة.

فإن قيل: الأمر للوجوب فلم حمل هنا على الاستحباب؟

قيل: لأنه ﷺ قال في حديث آخر: «من وُلد له مولود وأحب أن ينسك عنه فليفعل»[1] رواه مالك في الموطأ.

علقه على محبته والواجب لا يُعَلّق على المحبة فوجب حمل الأمر في الأول على تأكد الاستحباب جمعاً بينهما.

وأما مشروعية الذبح يوم السابع وحلق رأس المولود فلأن في حديث سمرة بن جندب: «يذبح يوم سابعه ويسمى ويحلق رأسه»[2] رواه أبو داود.

وأما الصدقة بزنة شعره ورقاً؛ «فلأن النبيﷺ قال لفاطمة رضي الله عنها لما ولدت الحسن: احلقي رأسه وتصدقي بزنته فضة»[3] رواه أحمد.

وأما الذبح في أربعة عشرة إذا فات في السابع وفي إحدى وعشرين إذا فات في أربع عشرة فلأن ذلك يروى عن عائشة رضي الله عنها.

قال: (وينزعها أعضاءً، ولا يكسر عظمها. وحكمها حكم الأضحية).

أما نزع العقيقة أعضاء وعدم كسر عظمها فلأنه يروى عن عائشة رضي الله عنها[4].

ولأنه أول ذبيحة ذبحت عن الولد فلا يكسر عظمها تفاؤلاً بالسلامة.

ومعنى ينزعها أعضاء أي: يفصل أعضاءها بعضاً من بعض من غير كسر.

قال أبو عبيد الهروي في حديث العقيقة: «تقطع جدولاً»[5] أي عضواً عضواً.

⇨

وأخرجه أحمد في مسنده (٢٥٢٨٩) ٦: ١٥٨.

(١) أخرجه مالك في الموطأ (١) ٢: ٣٩٩ كتاب العقيقة، باب ما جاء في العقيقة.

(٢) سبق تخريج حديث سمرة بن جندب ص: ٦٥.

(٣) أخرجه الترمذي في جامعه (١٥١٩) ٤: ٩٩ كتاب الأضاحي، باب العقيقة بشاة.

وأخرجه أحمد في مسنده (٢٧٢٢٦) ٦: ٣٩١.

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٢٤٢٥٣) ٥: ١١٤ كتاب العقيقة، من قال: لا يكسر للعقيقة عظم.

(٥) ذكره البيهقي في السنن الكبرى تعليقاً قال: وكان عطاء يقول: «تقطع جدولاً ولا يكسر لها عظم أظنه قال: ويطبخ» ٩: ٣٠٢ كتاب الضحايا، باب من قال: لا تكسر عظام العقيقة ويأكل أهلها منها ويتصدقون ويهدون.

وأما كون حكم العقيقة حكم الأضحية ومعناه أن يجتنب فيها ما يجتنب في الأضحية ، ويأكل منها كما يأكل ، ويستحب فيها ما يستحب وهلم جرا ؛ فلأنها شبيهة بها فألحقت بها لذلك .

ولا بد أن يلحظ أنه يجوز بيع جلدها ورأسها وسواقطها ويتصدق به بخلاف الأضحية ؛ لأن ذلك منقول عن الإمام أحمد . والأصل فيه أن الأضحية ذبيحة لله تعالى فلا يباع شيء منها كالهدي بخلاف العقيقة .

فعلى هذا يحمل كلام المصنف رحمه الله في كون حكم العقيقة كحكم الأضحية فيما سوى ذلك لئلا يناقض النقل .

وقال أبو الخطاب رحمه الله : يحتمل أن ينقل حكم إحدى المسألتين إلى الأخرى فتخرج في كل واحدة روايتان .

قال : (ولا تسن الفرعة وهي ذبح أول ولد الناقة ، ولا العتيرة وهي ذبيحة رجب) .

أما عدم مسنونية الفرعة والعتيرة فلما روى أبو هريرة رضي الله عنها عن النبي ﷺ قال : «لا فرع ولا عتيرة»[1] متفق عليه .

فإن قيل : إن النبي ﷺ قال : «على أهل كل بيت عتيرة»[2] ، وعن عائشة رضي الله عنها قالت : «أمر رسول الله ﷺ بالفرعة»[3] .

قيل : ما تقدم ناسخ ؛ لأنه متأخر عنها ظاهراً ؛ لأن إسلام أبي هريرة متأخر .

وأما قول المصنف رحمه الله : بعد الفرعة وهي ذبح أول ولد الناقة ، وبعد العتيرة وهي ذبيحة رجب ؛ فبيان لماهية الفرعة والعتيرة .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٥١٥٧) ٥: ٢٠٨٣ كتاب العقيقة ، باب العتيرة
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٩٧٦) ٣: ١٥٦٤ كتاب الأضاحي ، باب الفرع والعتيرة .

(٢) سبق تخريجه ص: ٢٥٥.

(٣) أخرجه عبدالرزاق في مصنفه (٧٩٩٧) ٤: ٣٤٠ كتاب العقيقة، باب الفرعة.
وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٩: ٣١٢ كتاب الضحايا ، باب ما جاء في الفرع والعتيرة .

كتاب الجهاد

الجِهاد في اللغة: بذل الطاقة والوسع.

وفي الشرع: قتال الكفار.

قال المصنف رحمه الله: (وهو فرض كفاية، ولا يجب إلا على ذكر حرٍّ مكلفٍ مستطيعٍ، وهو: الصحيحُ الواجدُ لزاده، وما يحمله إذا كان بعيداً).

أما كون الجهاد فرض كفاية فلأنه واجب في الجملة، وليس واجباً على الأعيان: أما كونه واجباً في الجملة فبالكتاب والسنة والإجماع: أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿وقاتلوا في سبيل الله الذين يُقاتلونكم﴾ [البقرة: ١٩٠]، وقوله تعالى: ﴿واقتلوهم حيث ثقفتموهم﴾ [البقرة: ١٩١]، وقوله تعالى: ﴿وقاتلوهم حتى لا تكونَ فتنةٌ ويكونَ الدين كلُّه لله﴾ [الأنفال: ٣٩]، وقوله تعالى: ﴿انفروا خِفافاً وثقالاً﴾ [التوبة: ٤١].

وأما السنة فقوله ﷺ: «من مات ولم يغز ولم يحدث نفسه بالغزو مات على شعبةٍ من النفاق»[١]. أخرجه مسلم.

وقولُه عليه السلام: «الجهادُ واجب عليكم»[٢].

وقوله ﷺ: «جاهدوا المشركين بأموالكم وأنفسكم وألسنتكم»[٣] أخرجهما أبو داود.

وقوله: «من لقي الله بغير أثرٍ من جهاد لقي الله وفي إيمانه ثُلْمة»[٤] أخرجه الترمذي.

وأما الإجماع فأجمع المسلمون في الجملة على وجوبه.

وأما كونه ليس واجباً على الأعيان فلقوله تعالى: ﴿وما كان المؤمنون لينفروا كافة﴾ [التوبة: ١٢٢]، وقوله تعالى: ﴿لا يستوي القاعدون من المؤمنين غيرُ أولي الضرر والمجاهدون في سبيل الله بأموالهم وأنفسِهم فضّل الله المجاهدين بأموالهم وأنفسهم على

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٩١٠) ٣: ١٥١٧ كتاب الإمارة، باب ذم من مات ولم يغز ولم يحدث نفسه بالغزو.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٢٥٣٣) ٣: ١٨ كتاب الجهاد، باب في الغزو مع أئمة الجور.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٢٥٠٤) ٣: ١٠ كتاب الجهاد، باب كراهية ترك الغزو.

(٤) أخرجه الترمذي في جامعه (١٦٦٦) ٤: ١٨٩ كتاب فضائل الجهاد، باب ما جاء في فضل المرابط.

القاعدين درجةً وكلاً وعد الله الحسنى﴾ [النساء: ٩٥] . أثبت للمجاهد والقاعد الأجر ولا يكون القاعد مأثوماً ، ولو كان فرض عين لأثم . وإذا وجب في الجملة و لم يجب على الأعيان لزم كونه فرض كفاية .

وأما كونه لا يجب إلا على ذَكَرٍ فلما روت عائشة قالت :« قلت : يا رسول الله ! هل على النساء جهاد ؟ قال : جهاد لا قتال فيه : الحج والعمرة »(١).

ولأن المرأة ليست من أهل القتال لضعفها وخوفها ولذلك لا سهم لها .

وأما كونه لا يجب إلا على حرٍّ فلما روي « أن النبيﷺ كان يبايع الحر على الإسلام والجهاد ، ويبايع العبد على الإسلام دون الجهاد »(٢) .

ولأن الجهاد عبادة تتعلق بقطع مسافة فلم يجب على العبد كالحج .

وأما كونه لا يجب إلا على مكلف فلأن الصبي والمجنون والكافر لا يجب عليهم سائر فروع الإسلام فكذلك الجهاد .

ولأن الصبي ضعيف عن القتال ، والمجنون لا يتأتى منه ، والكافر غير مأمون فيه .

وأما كونه لا يجب إلا على مستطيع فلأن غير المستطيع عاجز ، والعجز ينفي الوجوب للمستطيع شرعاً . فعلى هذا لا يجب على مريض ، ولا أعمى ، ولا أعرج ، ولا غير قادر على نفقته وما يحمله وما يقاتل به ؛ لأن الله تعالى قال : ﴿ليس على الضعفاء ولا على المرضى ولا على الذين لا يجدون ما ينفقون حَرَجٌ إذا نصحوا لله ورسوله﴾ [التوبة: ٩١] .

وقال تعالى : ﴿ليس على الأعمى حَرَجٌ ولا على الأعرج حَرَج ولا على المريض حرج﴾ [الفتح: ١٧] .

ولأن هذه الأعذار تمنعه من الجهاد .

(١) أخرجه ابن ماجة في سننه (٢٩٠١) ٢: ٩٦٨ كتاب المناسك، باب الحج جهاد النساء .
وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٤: ٣٥٠ كتاب الحج، باب من قال بوجوب العمرة .

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه من حديث جابر . قال: « جاء عبد فبايع النبيﷺ على الهجرة . و لم يشعر أنه عبد . فجاء سيده يريده . فقال له النبيﷺ: بعنيه فاشتراه بعبدين أسودين ثم لم يبايع أحداً بعد حتى يسأله: أعبد هو؟» . (١٦٠٢) ٣: ١٢٢٥ كتاب المساقاة، باب جواز بيع الحيوان بالحيوان من جنسه متفاضلاً .

والمانع مما ذُكِر مطلق العمى، والعرجُ الفاحش الذي يمنع المشي والركوب كالزمانة ونحوها. فأما اليسير الذي يتمكن معه من الركوب والمشي فلا يمنع وجوب الجهاد؛ لأنه متمكن منه أشبه الأعور. وكذلك المرض المانع هو الشديد فأما وجع الضرس والصداع الخفيف فلا يمنع لما ذكر في الأعرج.

وأما غير القادر فالمانع عدم قدرته على نفقته وآلة الجهاد وما يشتريها به؛ لأن النفقة ضرورة مقدمة على الحج ودين الغير فكذلك على الجهاد. وآلة القتال لا يمكن الجهاد إلا بها.

وأما القدرة على المركوب فإن كانت المسافة بعيدة اشترطت؛ لقوله تعالى: ﴿ولا على الذين إذا ما أتوك لِتَحْملهم قلتَ لا أجدُ ما أحملُكم عليه﴾ [التوبة: ٩٢] ولذلك شرط المصنف رحمه الله في وجدان ما يحمله البعيد. وإن كانت المسافة قريبة لم يشترط القدرة عليه؛ لأنه سفر قريب لا مشقة في تحمله. ويشترط أن يكون جميع ما ذكر فاضلاً عن نفقة عياله وقضاء دينه وأجرة مسكنه؛ لما تقدم في الحج.

قال: (وأقلُّ ما يُفعل مرةً في كل عام إن لم تدْعُ حاجة إلى تأخيره).

أما كون الجهاد أقل ما يفعل مرة في كل عام إن لم تدع حاجة إلى تأخيره؛ فلأن الجزية تجب على أهل الذمة في كل عام وهي بدل فكذلك مبدلُها الذي هو الجهاد.

وأما كونه لا يُفعل إذا دعت الحاجة إلى تأخيره مثل أن يكون بالمسلمين ضعف في عدد أو عدة، أو يكون الإمام منتظر المدد يستعين به، أو يكون الطريق إليهم فيها مانع، أو ليس بها علف أو ماء، أو يعلم من عدوه حسن الرأي في الإسلام ويطمع في إسلامهم إن أخر قتالهم، ونحو ذلك مما يرى معه المصلحة في ترك القتال؛ فـ «لأن النبي ﷺ صالح قريشاً عشر سنين وأخّر قتالهم حتى نقضوا العهد»[1].

قال: (ومن حضر الصف من أهل فرض الجهاد، أو حَصَرَ العدو بلدَه تعيّن عليه).

أما كون الجهاد متعينٌ على من حضر الصف فلقوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا لقيتمُ الذين كفروا زحْفاً فلا تُولوهم الأدبار۝ ومن يولّهم يومئذٍ دُبره إلا متحرّفاً لقتالٍ

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٥١٨) ٢: ٩٧٤ كتاب الشروط، باب الشروط في الجهاد...
وأخرجه أبو داود في سننه (٢٧٦٦) ٣: ٨٦ كتاب الجهاد، باب في صلح العدو.

أو متحيزاً إلى فئةٍ فقد بَاء بغضبٍ من الله ومـأواه جـهنمُ وبئس المصير﴾ [الأنفال: ١٥-١٦].

وأما كونه متعيّن على من حَصَرَ العدو بلدَه فلعموم قوله تعالى: ﴿انفروا خفافاً وثقالاً﴾ [التوبة: ٤١].

ولأن الكل استوى بالنسبة إلى القصد فوجب على الكل.

ولأن البلد إذا حُصر قرُب شَبَه من فيه بمن حضر الصف فوجب بعينه عليه كحاضر الصف.

ويتعين أيضاً على من استنفره الإمام؛ لقوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا ما لكم إذا قيل لكم انفروا في سبيل الله اثّاقلتم إلى الأرض... الآية﴾ [التوبة: ٣٨].

ولقوله ﷺ: «فإذا استنفرتم فانفروا»[1] متفق عليه.

قال: (وأفضل ما يُتطوع به الجهاد. وغزو البحر أفضل من غزو البر. ويُغزى مع كل بر وفاجر. ويقاتِل كلُّ قومٍ من يليهم من العدو).

أما كون الجهاد أفضل ما يُتطوع به فلما روى ابن مسعود قال: «سألت رسول الله ﷺ: أي الأعمال أفضل؟ قال: الصلاة لمواقيتها، قلت: ثم أيّ؟ قال: بر الوالدين. قلت: ثم أي؟ قال: الجهاد في سبيل الله»[2] رواه الترمذي. وقال: حديث حسن صحيح.

وروى أبو سعيد الخدري قال: «قيل: يا رسول الله! أي الناس أفضل؟ قال: مؤمن يجاهد في سبيل الله بنفسه وماله»[3] متفق عليه.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (١٧٣٧) ٢: ٦٥١ أبواب الإحصار وجزاء الصيد، باب لا يحل القتال بمكة.

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٣٥٣) ٣: ١٤٨٧ كتاب الإمارة، باب المبايعة بعد فتح مكة على الإسلام والجهاد والخير...

(٢) أخرجه الترمذي في جامعه (١٨٩٨) ٤: ٣١٠ كتاب البر والصلة، باب منه.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٦٣٤) ٣: ١٠٢٦ كتاب الجهاد والسير، باب أفضل الناس مؤمن يجاهد بنفسه ماله في سبيل الله.

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٨٨٨) ٣: ١٥٠٣ كتاب الإمارة، باب فضل الجهاد والرباط.

وقال ﷺ : «والذي نفسي بيده ما بين السماء والأرض من عمل أفضلُ من جهاد في سبيل الله ، أو حجةٍ مبرورة لا رفث فيها ولا فسوق ولا جدال» رواه الخلال .

ولأن الجهاد بذل المُهْجة وإنفاق المال ، ونفعه يعم المسلمين كلهم .

وأما كون غزو البحر أفضل من غزو البر ؛ فلما روى أبو أمامة قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : «شهيدُ البحر مثلُ شهيدي البر ، والمائد في البحر كالمتشحط في دمه في البر ، وما بين الموجتين كقاطع الدنيا في طاعة الله ، وإن الله وكل ملك الموت بقبض الأرواح . إلا شهيد البحر ، فإنه يتولى قبض أرواحهم ، ويُغْفرُ لشهيد البرِّ الذنوب كلُّها إلا الدَّين ، ويُغفر لشهيد البحر الذنوب والدَّين»(١) .

وفي حديث آخر : «غزوة في البحر مثلُ عشرِ غزَوات في البر»(٢) رواهما ابن ماجة .

ولأن شهيد البحر أعظم خطراً ومشقة ؛ لأنه بين خطر العدو وخطر الغرق ، ولا يُمَكّن من الفرار إلا مع أصحابه فكان أفضلَ من غيره .

وأما كونه يغزو مع كل بر وفاجر فلما روى أنس قال : قال رسول الله ﷺ : «الجهادُ واجبٌ عليكم مع كل أمير : براً كان أو فاجراً»(٣) .

وعنه قال : قال رسول الله ﷺ : «ثلاث من أصل الإيمان : الكف عن من قال : لا إله إلا الله لا نكفره بذنب ولا نخرجه من الإسلام بعمل ، والجهاد ماضٍ منذ بعثني الله إلى أن يقاتِل آخر أمتي الدجال لا يُبْطله جَوْرُ جائر ولا عَدْلُ عادل ، والإيمان بالأقدار»(٤) رواهما أبو داود .

ولأن ترك الجهاد مع الفاجر يُفضي إلى ظهور الكفار على المسلمين ، وفيه إظهار كلمة الكفر وذلك أعظم الفساد .

وأما كون كل قوم يقاتِل من يليهم من العدو فلقوله تعالى : ﴿يا أيها الذين آمنوا قاتلوا الذين يلونكم من الكفار وليجدوا فيكم غلظة﴾ [التوبة :١٢٣] .

---

(١) أخرجه ابن ماجة في سننه (٢٧٧٨) ٢: ٩٢٨ كتاب الجهاد، باب فضل غزو البحر .

(٢) أخرجه ابن ماجة في سننه (٢٧٧٧) الموضع السابق . قال في الزوائد: في إسناده معاوية بن يحيى وهو ضعيف.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٢٥٣٣) ٣: ١٨ كتاب الجهاد، باب في الغزو مع أئمة الجور .

(٤) أخرجه أبو داود في سننه (٢٥٣٢) الموضع السابق.

ولأن الأقربَ أكثرُ ضرراً .

قال : (وتمام الرباطِ أربعون ليلة ، وهو : لزوم الثغر للجهاد ، ولا يُستحب نقل أهله إليه ، وقال رسول الله ﷺ : « رباط يوم في سبيل الله خير من ألف يوم فيما سواه من المنازل »[1]).

أما كون تمام الرباط أربعين ليلة ، والمراد أربعون يوماً فلأنه يروى عن النبي ﷺ أنه قال : « تمامُ الرباط أربعون يوماً »[2] .

وعن أبي هريرة : « من رابط أربعين يوماً فقد استكمل الرباط »[3] رواه سعيد بن منصور في سننه .

وعن ابن عمر « أنه قدم على أبيه فقال له : كم رابطت ؟ قال : ثلاثين يوماً . قال : عزمتُ إلا رجعتَ حتى تُتِمَّها أربعون يوماً »[4] .

وأما قول المصنف رحمه الله : وهو لزوم الثغر للجهاد فبيانٌ لمعنى الرباط .

فإن قيل : ما الثغر؟

قيل : كل مكان يُخيف أهلُه العدوَّ ويخاف منه .

وأما كون مَن فيه لا يُستحب له نقل أهله إليه فلأن الثغر مخوف ولا يُؤمن ظَفَر العدو من فيه واستيلاؤهم على الأهل . والمراد بالأهل النساء والذرية .

وأما قول المصنف رحمه الله : وقال رسول الله ﷺ إلى آخره فتنبيه على أن الرباط فيه فضيلة عظيمة ؛ لما ذكر من الحديث[5] . رواه أبو داود .

---

(١) أخرجه الترمذي في جامعه (١٦٦٧) ٤: ١٨٩ كتاب فضائل الجهاد، باب ما جاء في فضل المرابط . قال الترمذي: حديث حسن صحيح غريب.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (١٩٤٥٠) ٤: ٢٢٥ كتاب الجهاد، ما ذكر في فضل الجهاد والحث عليه.

وأخرجه الطبراني في المعجم الكبير (٧٦٠٦) ٨: ١٥٧ .

(٣) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (٢٤١٠) ٢: ١٥٩ كتاب الجهاد، باب ما جاء في فضل الرباط .

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (١٩٤٥١) ٤: ٢٢٥ كتاب الجهاد، ما ذكر في فضل الجهاد والحث عليه.

(٥) سبق تخريجه قريباً ولم أره في أبو داود.

وفي حديث آخر أنه قال ﷺ : « رباطُ يوم وليلة خيرٌ من صيام شـهر وقيامِـه . وإن مات جرى عليه عملُه الذي كان يعمله ، وأجري عليه رزقـه ، وأمِـنَ الفتّـان »[1] رواه مسلم .

قال : (وتجب الهجرة على من يَعجز عن إظهار دينه في دار الحـرب ، وتسـتحب لمن قدَر عليه).

أما كونُ الهجرةِ ، وهي: الخروج من دار الحرب إلى دار الإسلام : تجب علـى مـن يعجز عن إظهار دينه في دار الحرب ؛ فلأن الله تعالى قـال :﴿إن الذيـن توَفّـاهم الملائكـة ظالمِي أنفسِهم قالوا فيم كنتُم قالوا كنّا مستضعفين في الأرضِ قـالوا ألم تَكـن أرض الله واسعةً فتُهاجروا فيها﴾ [النساء :٩٧] إلى غير ذلك من الآيات .

وفي إطلاق المصنف رحمه الله وجوب الهجرة إشعارٌ ببقاء حكمها ، وهو صحيح ؛ لأن حكم الهجرة عندنا باقٍ إلى يوم القيامة ؛ لأن الآيات والأخبارَ الدالـة عليـها شـاملةٌ لكل زمان . وقد قال النبيُّ ﷺ : « لا تَنقطـع الهجـرة مـا كـان الجـهاد »[2] رواه سـعيد وغيره .

وعن معاوية سمعت رسول الله ﷺ يقول : « لا تنقطع الهجرة حتـى تنقطعَ التوبـةُ ، ولا تنقطع التوبةُ حتى تطلع الشمس من مغربها »[3] أخرجه أبو داود .

وأما قوله عليه السلام : « لا هجرة بعد الفتح »[4] ، وقوله : « قد انقطعـت الهجـرة ولكن جهاد ونية »[5] رواهما سعيد . فمعناهما : لا هجرة من مكة بعـد فتحـها ، أو لا هجرة من بلدٍ بعد فتحه ؛ بدليل أنه قال ذلك لمن أراد أن يهاجر من مكة بعد فتحها .

روي « أن صفوان بن أمية قيل له بعد الفتح : أنه لا دين لمن لا يهاجر . فأتى المدينة [فقال له النبي ﷺ ما جاء بك أبا وهب ؟][1] فقال له ذلك . فقال : ارجع أبـا وهـب . فقد انقطعت الهجرة ، ولكن جهاد ونية »[2] . يعني من مكة .

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٩١٣) ٣: ١٥٢٠ كتـاب الإمـارة، بـاب فضـل الربـاط في سـبيل الله عـز وجل . عن سلمان .

(٢) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (٢٣٥٤) ٢: ١٣٨ كتاب الجهاد، باب من قال: انقطت الهجرة .

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٢٤٧٩) ٣: ٣ كتاب الجهاد، باب في الهجرة هل انقطعت .

(٤) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (٢٣٥٣) ٢: ١٣٧ الموضع السابق.

(٥) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (٢٣٥٢) الموضع السابق.

وأما كونها تستحب لمن قدَر عليها فلأن في إقامته تكثيراً لعددهم واختلاطـا بـهم. وإنما لم تجب عليه لقدرته على إظهار دينه .

وظاهر كلام المصنف رحمه الله : أن الهجرة على ضربين : واجبة ومستحبة .

وقال في المغني : الناس على ثلاثة أضرب :

أحدها : من تُستحب له ولا تجب عليه .

والثاني : من تجب عليه .

والثالث : من تسقط عنه . وهو : من يعجز عنها[3] لمرض ، أو إكراه على إقامة ، أو ضعفٍ . فهذا لا يجب عليه ولا يوصف باستحباب ؛ لقوله تعالى : ﴿إلا المستضعفين من الرجال والنساء والولدان . . . الآية﴾ [النساء:٩٨] . وفيه نظر .

قال : (ولا يجاهِد من عليه دينٌ لا وفاءَ له ، ومن أحد أبويه مسلم : إلا بإذن غريمه وأبيه ، إلا أن يَتعين عليه الجهادُ فإنه لا طاعةَ لهما في ترك فريضةٍ) .

أما كونُ من عليه دين لا وفاء له لا يجاهد إذا لم يأذن له غريمه في الجهاد مع عدم تعيّنِ ذلك عليه ؛ فلأن الجهاد يُقصد منه الشهادة وبها تفوت النفس فيفوت الحق لفواتها .

وفي تقييد المصنف رحمه الله الدين بأنه لا وفاء له إشعار بأنه إن كان له وفاءٌ فله أن يجاهد بغير إذنٍ وهو صحيح . نص عليه أحمد رحمه الله ؛ « لأن عبدالله بن حزام أبا جابر خرج إلى أُحُدٍ وعليه دين كثير . فاستشهد وقضاه عنه ابنه بعلم النبي ﷺ »[4] ولم ينكر[1] ذلك .

⇦

(١) ساقط من هـ .

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٩: ١٦ كتاب السير، باب الرخصة في الإقامة بدار الشرك لمن لا يخاف الفتنة .

(٣) في هـ : عنهما.

(٤) روى البخاري في صحيحه من حديث جابر بن عبدالله رضي الله عنهما: « أن أباه قتل يوم أُحُدٍ شهيداً، وعليه دين فأشتد الغرماء في حقوقهم، فأتيت النبيﷺ، فسألهم أن يقبلوا تمر حائطي ويحللوا أبي فأبوا، فلم يعطهم النبي ﷺ حائطي، وقال: سنغدو عليك . فغدا علينا حين أصبح فطاف في النخل، ودعا في ثمرها بالبركة، فجددتها فقضيتهم وبقي لنا من تمرها » . (٢٢٦٥) ٢: ٨٤٣ كتاب الاستقراض، باب إذا قضى دون حقه أو حلله فهو جائز .

وفي معنى الوفاء إقامة الكفيل المليء لأن الدَّين الذي له وفاء إنما لم يمنع من الجهاد لعدم ضياع حق الغريم بتقدير قتله في الجهاد وذلك حاصل في الكفيل المليء.

وأما كون من أحد أبويه مسلم لا يجاهد إذا لم يأذن له أبوه مع عدم تعيّن الجهاد عليه «فلأن رجلاً هاجر إلى رسول الله ﷺ. فقال له: هل لك باليمن أحد؟ قال: نعم. أبوان. قال: ارجع فاستأذنهما: فإن أذنا لك فجاهد، وإلا فبرهما»[2] رواه أبو داود.

وروى عبدالله بن عمرو بن العاص قال: «جاء رجل إلى رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله! أجاهد. فقال لك أبوان؟ فقال: نعم. قال: ففيهما فجاهد»[3].

وروى الترمذي عن ابن عباس مثله، وقال هذا حديث حسن صحيح.

ولأن بر الوالدين فرض عين والجهاد فرض كفاية وفرض العين مقدم.

ولا فرق فيما ذُكر بين الأب والأم. ولذلك قال المصنف رحمه الله: ومَن أحد أبويه مسلم.

وفي قول المصنف رحمه الله: مسلم تنبيه على أنه لا يعتبر إذن الكافر منهما. وصرح به في المغني؛ لأن كثيراً من أصحاب رسول الله ﷺ كانوا يجاهدون وآباؤهم مشركون لا يستأذنونهم منهم: أبو بكر الصديق، وأبو عبيدة.

وأما كون من ذكر يجاهد بغير إذن من ذكر إذا تعين الجهاد عليه فلأنه يصير حينئذ فرض عين وتركه معصية. ولذلك قال المصنف: فإنه لا طاعة لهما في ترك فريضة.

ولأن الجهاد حينئذ عبادة متعينة فلم يعتبر إذن أحد فيها كالصلاة.

قال: (ولا يحل للمسلمين الفرارُ من ضعفهم إلا متحرّفين للقتال، أو متحيزين إلى فئة. وإن زاد الكفار فلهم الفرار إلا أن يغلب على ظنّهم الظّفرُ).

أما كون المسلمين لا يحل لهم الفرار من الكفرة في الجملة فلأن الله تعالى قال: ﴿إذا لقيتم الذين كفروا زَحْفاً فلا تُوَلّوهم الأدبار... الآية﴾ [الأنفال: ١٥].

⇨

(١) في هـ: يذكر.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٢٥٣٠) ٣: ١٧ كتاب الجهاد، باب في الرجل يغزو وأبواه كارهان.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٢٥٢٩) الموضع السابق.

وأخرجه الترمذي في جامعه (١٦٧١) ٤: ١٩١ كتاب الجهاد، باب: ما جاء فيمن خرج في الغزو وترك أبويه. قال: وفي الباب عن ابن عباس.

ولأن النبي ﷺ عَدّ الفرار من الكبائر[1] .

وأما ما يشترط لذلك فشرطان :

أحدهما : أن لا يزيد عدد الكفار على مثلي المسلمين ، وهو المراد بضعفهم . فإن زاد فلهم الفرار ؛ لقوله تعالى :﴿الآن خَفَّفَ اللهُ عنكم وعلم أن فيكم ضَعفاً فإن يكن منكم مائةٌ صابرةٌ يغلبوا مائتين﴾ [الأنفال :٦٦] لفظه خبر ومعناه أمر بدليل قوله : ﴿الآن خفف الله عنكم﴾ ، ولئلا يخالف خبرَه عز وجل مَخْبَرُه ؛ لأن الظفر في كل مرة لا يتفق للمسلمين .

وعن ابن عباس : « من فرّ من اثنين فقد فر ، ومن فر من ثلاثة فما فر »[2] .

الثاني : أن لا يريد بفراره التحرف للقتال أو التحيز إلى فئة ؛ لأن الله تعالى قال : ﴿إلا متحرّفاً لقتالٍ أو متحيزاً إلى فئة﴾ [الأنفال :١٦] . ومعنى التحرف : أن ينحاز إلى موضع يكون القتال فيه أمكن له ؛ كمن في وجهه الشمس ، أو الريح ، أو هو في وَهْدَة[3] أو عطشان ، أو في مكان منكشف فينحرف إلى ظل ، أو موضع لا ريح فيه ، أو مكان عال ، أو موضع فيه ماء ، أو هو مستترا ، ونحو ذلك مما جرت به عادة أهل الحرب .

والتحيز إلى فئة هو : أن يصير إلى قومٍ من المسلمين ليكون مع الجماعة ويقوَى بهم على قتال العدو . سواء بعدت أو قربت ؛ لأن ابن عمر روى عن النبي ﷺ أنه قال : « إني فئة لكم »[4] وكان بالمدينة .

وقال عمر : « أنا فئة كل مسلم »[5] . وكانت جيوشه بالشام والعراق وخراسان ومصر . رواهما أبو سعيد .

---

(١) عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «اجتنبوا السبع الموبقات قيل: يا رسول الله! وما هن؟ قال: ... والتولي يوم الزحف...» .
أخرجه أبو داود في سننه (٢٨٧٤) ٣: ١١٥ كتاب الوصايا، باب ما جاء في التشديد في أكل مال اليتيم .

(٢) أخرجه الطبراني في المعجم الكبير (١١١٥١) ١١: ٩٣ .

(٣) في هـ : هذه، وفي القاموس: الوَهْدَة: الأرض المنخفضة .

(٤) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (٢٥٣٩) ٢: ٢٠٩ كتاب الجهاد، باب من قال الإمام فئة كل مسلم .

(٥) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (٢٥٤٠) ٢: ٢١٠ الموضع السابق .

وأما كونهم لهم الفرار إذا زاد عدد الكفار على ضعف المسلمين فلأن شرط عدم الحِلّ أن لا يزيد ، وذلك مفقود هاهنا .

وأما قول المصنف رحمه الله : إلا أن يغلب على ظنهم الظفر فاستثناء من كون المسلمين لهم الفرار مع الزيادة . فعلى هذا إن غلب على ظنهم الظَّفَر لا يحل لهم الفرار وإن كثر العدو . وصرح في المغني : بأن ذلك أولى وليس بواجب . وهذا هو الذي حكاه مَن علمنا من الأصحاب ؛ لأن الله أباح له الفرار من الزائد على ضعفه مطلقاً من غير تفصيل فلا يقيد بغير ذلك . فعلى هذا يحمل استثناء المصنف على الأَولى ؛ لما فيه من الجمع بين نقليه وموافقة الأصحاب . ويصححه أن قوله : فلهم الفرار إذن في الفرار .

وللإذن صور :

أحدها : أن يؤذن له مع أن الفرار والثبات سواء كمن استوى عنده الظفر والهلاك .

والثانية : أن يؤذن له مع أن الثبات أولى كمن غلب على ظنه الظفر .

والثالثة : أن يؤذن له مع أن الفرار مستحب كمن غلبت على ظنه السلامة بفراره ، والهلاك وكسر قلوب المسلمين بثباته . فيكون المصنف قد استثنى من مطلق اللفظ أحد محامله وذلك جائز .

ولو قيل بوجوب ما اقتضاه ظاهر لفظ المصنف لم يكن فيه بعداً ؛ لأن الجهاد إنما وجب نكاية للعدو وإظهاراً لكلمة الحق فإذا غلب على ظنه الظفر تعين وإن كثروا تخليصاً لمقصود ما وجب الجهاد لأجله .

قال : (وإن أُلقيَ في مركبهم نارٌ فعلوا ما يرون السلامة فيه ، فإن شكّوا فعلوا ما شاؤا من المُقام أو إلقاءِ نفوسهم في الماء ، وعنه : يلزمهم المُقام) .

أما كون من أُلقي في مركبهم نار يفعلون ما يرون فيه السلامة فلأن حفظ الروح واجب ، وغلبة الظن قائمة مقام اليقين في كثير من الأحكام فليكن هاهنا كذلك .

وأما كونهم إذا شكّوا يفعلون ما شاؤا من المُقام أو إلقاء نفوسهم في الماء على المذهب فلأنهم ابتلوا بشرين لا مزية لأحدهما على الآخر .

وأما كونهم يلزمهم المُقام على رواية فلأنهم إذا رموا نفوسهم كان موتهم بفعلهم بخلاف إقامتهم فإن موتهم بفعل غيرهم .

قال صاحب النهاية فيها : الأول أصح ؛ لأنهم ملجئون إلى الإلقاء ، ولا ينسب إليهم الفعل بوجهٍ ، ولعل الله تعالى يخلصهم .

فصل (في أحكام القتال)

(ويجوزُ تبييت الكفار، ورميُهم بالمنجنيق، وقطعُ المياه عنهم، وهدمُ حصونهم).

أما كون تبييت الكفار وهو كَبْسهم ليلاً وقتلهم وهم غارّون يجوز ؛ فـ «لأن النبي ﷺ شن الغارة على بني المصطلق ليلاً»[1] .

ولا فرق بين أن يكون فيهم نساؤهم وذراريهم أو لم يكن «لأن النبي ﷺ سئل : إنا نبيت العدو وفيهم النساء والصبيان . فقال : هم منهم»[2] متفق عليه .

ولأن ذلك لو منع لأفضى إلى تعطيل الجهاد .

وأما كون رميهم بالمنجنيق يجوز فـ «لأن النبيﷺ نصب المنجنيق على أهل الطائف»[3] أخرجه الترمذي مرسلاً .

وعن عمرو بن العاص «أنه نصب المنجنيق على الإسكندرية»[4] .

وسواء في ذلك الحاجة وعدمها .

قال المصنف في المغني : هو ظاهر كلام أحمد .

---

(١) عن ابن عمر رضي الله عنه «أن النبيﷺ أغار على بني المصطلق وهم غارُّون» .
أخرجه البخاري في صحيحه (٢٤٠٣) ٢: ٨٩٨ كتاب العتق، باب من ملك من العرب رقيقاً فوهب وباع وجامع وفدى وسبى الذرية .
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٧٣٠) كتاب الجهاد والسير، باب جواز الإغارة على الكفار الذين بلغتهم دعوة الإسلام .

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٨٥٠) ٣: ١٠٩٧ كتاب الجهاد والسير، باب أهل الدار يبيتون فيصاب الولدان والذراري .
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٧٤٥) ٣: ١٣٦٥ كتاب الجهاد والسير، باب جواز قتل النساء والصبيان في البيات من غير تعمد .

(٣) ذكره الترمذي في جامعه ٥: ٩٤ كتاب الأدب، باب ما جاء في الأخذ من اللحية .
وأخرجه أبو داود في المراسيل من حديث أيوب السختياني . ص: ١٨٣ كتاب الجهاد، باب في فضل الجهاد.

(٤) ذكره البيهقي في السنن الكبرى ٩: ٨٤ كتاب السير، باب قطع الشجر وحرق المنازل .

وأما كون قطع المياه عنهم وهدم حصونهم يجوز فلأن القصد إضعافهم وإرهابهم ليجيبوا داعي الله تعالى .

قال : (ولا يجوز إحراقُ نخل ، ولا تغريقه ، ولا عقْرُ دابة ولا شاة إلا لأكل يُحتاج إليه . وفي حرق شجرهم وزرعهم وقطعِه روايتان :

إحداهما : يجوز إن لم يضر بالمسلمين .

والأخرى : لا يجوز إلا أن لا يُقدر عليهم إلا به ، أو يكونوا يفعلونه بنا .

وكذلك رميهم بالنار ، وفتح المياه ليغرقهم) .

أما كون إحراق النحل وتغريقه وعقر دابة أو شاة لغير أكل يحتاج إليه لا يجوز فـ « لأن أبا بكر الصديق رضي الله عنه قال ليزيد وهو يوصيه حين بعثه أميراً : يا يزيد ! لا تحرقن نخلاً ولا تغرقه ، ولا تَعقرن دابة عجماء ولا شاة إلا لمأكلة »[1] أخرجه سعيد بن منصور .

ولأن في ذلك إتلاف مال الغانمين من غير حاجة .

وإنما اشترط المصنف رحمه الله الحاجة في الأكل لأن قيمة الحيوان تكثر وتسمح بها أنفس الغانمين .

وقال القاضي : ظاهر كلام أحمد أنه مثل الطعام . أي يجوز لهم ذبح الحيوان وأكله من غير حاجة كما يجوز لهم أكل الطعام .

وأما كون حرق شجرهم وزرعهم وقطعه يجوز في رواية فلقوله تعالى : ﴿ما قطعتم من لِينة أو تركتموها قائمةً على أصولها فبإذن الله وليخزي الفاسقين﴾ [الحشر : ٥] .

وروى ابن عمر « أن النبي ﷺ حرّق نخل بني النضير وقطع ، وهي البويرة فأنزل الله تعالى : ﴿ما قطعتم من لينة أو تركتموها . . . الآية﴾ [الحشر : ٥] . ولها يقول حسان :

وهانَ على سَراةِ بني لُؤيٍ		حريقٌ بالبويرةِ مستطيرُ »[2]

---

(١) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (٢٣٨٣) ٢ : ١٤٨ كتاب الجهاد ، باب : ما يؤمر به الجيوش إذا خرجوا .
وأخرجه مالك في الموطأ (١٠) ٢ : ٣٥٨ كتاب الجهاد، باب النهي عن قتل النساء والولدان في الغزو .
(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٢٠١) ٢ : ٨٢٠ كتاب المزارعة، باب قطع الشجر والنخل .

متفق عليه .

ولأن النبي ﷺ قال لأسامة : «حَرِّق»[1] رواه أبو داود .

وأما كونه لا يجوز في روايةٍ فلأن في حديث أبي بكر المتقدم : «ولا تعقرن شجراً مثمراً»[2] .

ولأنه قد روي نحو ذلك عن النبي ﷺ مرفوعاً .

ولأن فيه إتلافاً محضاً فلم يجز كعقر الحيوان .

واشتراط المصنف رحمه الله في الرواية الأولى أن لا يُضر بالمسلمين ؛ لأن الضرر منفي شرعاً بقوله عليه السلام : «لا ضرر ولا إضرار»[3] .

واستثنى في الرواية الثانية أمرين : أن لا يُقدر عليهم إلا به ، أو يكونوا يفعلونه بنا : أما إذا لم يُقدر عليهم إلا بذلك فلأنه لو لم يجز لأدى إلى ترك الجهاد ، وأما إذا فعلوا ذلك بنا فلينزجروا عن فعل ذلك .

وأما قول المصنف رحمه الله : وكذلك رميهم بالنار وفتح الماء ليغرقهم فمعناه أن في ذلك روايتين كحرق الشجر والزرع وقطعهما : إحداهما : يجوز لأن القصد نكايتهم وإقامة كلمة الحق فإذا كان وسيلة إليه جاز كالقتل .

والثانية : لا يجوز : أما النار فلأنها لا يعذب بها إلا الله ، وأما الماء فلأن الإتلاف به يعم . مع أن عنه مندوحة .

⇦

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٧٤٦) ٣: ١٣٦٥ كتاب الجهاد والسير، باب جواز قطع أشجار الكفار وتحريقها .

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢٦١٦) ٣: ٣٨ كتاب الجهاد، باب في الحرق في بلاد العدو .
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٨٤٣) ٢: ٩٤٨ كتاب الجهاد، باب التحريق بأرض العدو .

(٢) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (٢٣٨٣) ٢: ١٤٨ كتاب الجهاد ، باب : ما يؤمر به الجيوش إذا خرجوا .

(٣) أخرجه ابن ماجة في سننه (٢٣٤١) ٢: ٧٨٤ كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره. قال في الزوائد: في إسناده جابر الجعفي متهم .
وأخرجه مالك في الموطأ (٣١) ٢: ٥٧١ كتاب الأقضية، باب القضاء في المرفق. ولفظهما : «لا ضرر ولا ضرار» .
وأخرجه الدارقطني في سننه (٨٥) ٤: ٢٢٨ كتاب في الأقضية والأحكام ، في المرأة تقتل إذا ارتدت. واللفظ له.

فعلى هذا لو لم يقدر عليهم إلا به أو فعلوه بنا جاز لما مر في حرق الشجر .

قال : (وإذا ظفر بهم لم يُقتل صبيٌ ولا امرأةٌ ولا راهبٌ ولا شيخٌ فانٍ ولا زمِنٌ ولا أعمى لا رأي لهم ، إلا أن يُقاتلوا . فإن تترَّسوا بهم جاز رميهم ، ويَقْصِد المقاتلة . وإن تترسوا بمسلمين لم يجز رميهم إلا أن يُخاف على المسلمين فيرميهم ويقصِد الكفار).

أما كون كل واحد من الصبي والمرأة والشيخ الفاني لا يقتل إذا لم يكن ذا رأي ولم يقاتل فلأن النبي ﷺ قال : « انطلقوا بسم الله . لا تقتلوا شيخاً فانياً ، ولا طفلاً ، ولا امرأة »[1] رواه أبو داود .

وأما كون الراهب لا يُقتل إذا كان كذلك فلأن في حديث أبي بكر الذي في وصيته لزيد : « ستمرون على قومٍ في صوامع لهم . احتبسوا أنفسهم فيها . فدعوهم حتى يُميتهم الله على ضلالتهم »[2] .

وأما كون كل واحد من الزَّمِن والأعمى لا يقتل إذا كان كذلك فبالقياس على الشيخ الفاني ؛ لاشتراكهم في عدم النكاية .

وأما كون جميع من ذُكر يقتل إذا كان ذا رأي أو قاتل : أما كونه يقتل إذا كان ذا رأي فلأن الرأي من أعظم المؤنة في الحرب . وقد جاء عن معاوية أنه قال لمروان والأسود : « أمددتما علياً بقيس بن سعد وبمائة ، فوالله لو أنكما أمددتماه بثمانية آلاف مقاتل ما كان بأغيظ لي من ذلك » .

وأما كونه يُقتل إن قاتل « فلأن النبي ﷺ مرّ على امرأة مقتولة يوم الخندق فقال : من قتل هذه؟ فقال رجل : أنا يا رسول الله ! فقال : ولم ؟ قال : نازعتني قائمة سيفي . فسكت »[3] .

وفي حديثٍ آخر : « وقف على امرأة مقتولة . فقال : ما بالها قتلت وهي لا تقاتل »[1] .

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢٦١٤) ٣: ٣٧ كتاب الجهاد، باب في دعاء المشركين .

(٢) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (٢٣٨٣) ٢: ١٤٨ باب ما يؤمر به الجيوش إذا خرجوا .

(٣) أخرجه أبو داود في المراسيل من حديث عكرمة « أن النبي ﷺ رأى امرأة مقتولة بالطائف، فقال: ألمْ أنْهَ عن قتل النساء؟ من صاحب هذه المرأة المقتولة؟ فقال رجل من القوم: أنا يا رسول الله ! أردفتُها ، فأرادت أن تصرَعني ، فتقتلني . فأمرَ بها رسول الله ﷺ أن تُوارى » . ص: ١٨٣ كتاب الجهاد، باب في فضل الجهاد.

ولأنه لو لم يجز قتل من ذُكر لأدى إلى تلف من قاتله .

وأما كون الكفار يجوز رميهم إذا تترسوا بمن ذكر من الكفار الذين لا يجوز قتلهم فـ « لأن النبي ﷺ رماهم بالمجنيق »[٢] وفيهم النساء والصبيان .

ولأن كف المسلمين عنهم يفضي إلى تعطيل الجهاد ؛ لأنهم إذا علموا ذلك تترسوا بهم .

وأما كون الرامي يقصد المقاتلة فلأن ذلك هو المقصود .

وأما كونهم لا يجوز رميهم إذا تترسوا بمسلمين و لم يخف على المسلمين فلأن ذلك يؤول إلى قتل المسلمين مع أن لهم مندوحة .

وأما كونهم يجوز رميهم إذا خيف على المسلمين مثل أن تكون الحرب قائمة أو لا يقدر عليهم إلا بذلك فلأنه حال ضرورة .

وأما كون الرامي يقصد الكفار فلأنهم هم المقصودون بالقتل .

قال : (ومن أسر أسيراً لم يجز له قتلُه حتى يأتي به الإمام إلا أن يمتنع من المسير معه ولا يمكنه إكراهه) .

أما كونُ من أسر أسيراً لا يجوز له قتله حتى يأتي به الإمام إذا لم يمتنع من المسير معه أو امتنع وأمكنه[٣] إكراهه على ذلك فلأنه إذا صار أسيراً كانت الخيرة فيه إلى الإمام فلم يجز قتله لما فيه من إبطال الخيرة المستحقة للإمام .

وأما كونه يجوز له قتله إذا لم يسر معه ولا يمكنه إكراهه فلأنه لو لم يجز قتلـه لأدى ذلك إلى إطلاقه .

⇦

(١) عن حنظلة الكاتب ، قال: ((غزونا مع رسول الله ﷺ فمررنا على امرأة مقتولة قد اجتمع عليها النـاس . فأفرجُوا له . فقال: ما كانت هذه تُقاتل فيمن يُقاتل)) .
أخرجه ابن ماجة في سننه (٢٨٤٢) ٢: ٩٤٨ كتاب الجهاد، باب الغارة والبيات وقتل النساء والصبيان .
وأخرجه أحمد في مسنده (١٧٦٤٧) ٤: ١٧٨ .

(٢) سبق تخريجه ص: ٢٧٣.

(٣) في و و هـ : ولا يمكنه .

قال: (ويخيّر الأمير في الأسرى: بين القتل، والاسترقاق، والمنّ، والفداء بمسلم أو مال. وعنه: لا يجوز بمال. إلا غير الكتابي ففي استرقاقه روايتان. ولا يجوز أن يختار إلا الأصلح للمسلمين، فإن أسلموا رقّوا في الحال).

أما كون الأمير يخير في الأسرى من أهل الكتاب بين القتل والاسترقاق والمن والفداء: أما القتل فـ «لأن النبيﷺ قَتل رجال قريظة، وهم ما بين الستمائة والسبعمائة »[1].

و «قتل يوم بدر عقبة بن أبي معيط والنضر بن الحارث صبراً»[2].

وأما الاسترقاق فلأنه يجوز إقرارهم على كفرهم بالجزية فبالرق أولى.

ولأنه أبلغ في صَغارهم.

وأما المن والفداء فلقوله تعالى: ﴿فإما مَنّا بعدُ وإما فداءً﴾ [محمد: ٤].

و «لأن النبي ﷺ منّ على أبي عَزّة الشاعر»[3].

و «منّ على العاصي بن الربيع»[4].

---

(١) أخرجه الترمذي في جامعه (١٥٨٢) ٤: ١٤٤ كتاب السير، باب ما جاء في النزول على الحكم. وفيه: وكانوا أربعمائة.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى من طريق محمد بن يحيى بن سهل بن أبي حثمة عن أبيه عن جده «أن رسول الله ﷺ لما أقبل بالأسارى حتى إذا كان بعرق الظبية أمر عاصم بن ثابت بن أبي الأقلح أن يضرب عنق عقبة بن أبي معيط. فجعل عقبة بن أبي معيط يقول يا ويلاه! علام أقتل من بين هؤلاء؟ فقال رسول الله ﷺ: بعداوتك لله ولرسوله. فقال: يا محمد! مَنُّك أفضل. فاجعلني كرجل من قومي إن قتلتهم قتلتني، وإن مننت عليهم مننت عليّ، وإن أخذت منهم الفداء كنت كأحدهم. يا محمد! من للصبية؟ فقال رسول الله ﷺ: النار. يا عاصم بن ثابت قدمه فاضرب عنقه. فقدمه فضرب عنقه» ٩: ٦٤ كتاب السير، باب ما يفعله بالرجال البالغين منهم.

وأخرجه أبو داود في المراسيل من حديث سعيد بن جبير: أن رسول الله ﷺ قتل يوم بدر ثلاثة من قريش صبراً: المطعم بن عدي، والنضر بن الحارث، وعقبة بن أبي معيط. ص: ١٨٣.

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى من طريق سعيد بن المسيب مطولاً ٦: ٣٢٠ كتاب قسم الفيء والغنيمة، باب ما جاء في من الإمام على من رأى من الرجال البالغين من أهل الحرب.

(٤) عن عائشة قالت: «لما بعث أهل مكة في فداء أسراهم بعثت زينب في فداء أبي العاص بمال وبعثت فيه بقلادة لها كانت عند خديجة أدخلتها بها على ابن العاص قالت: فلما رآها رسول الله ﷺ رَق لها رقة شديدة وقال: إن رأيتم أن تطلقوا لها أسيرها وتردوا عليها الذي لها. فقالوا: نعم».

أخرجه أبو داود في سننه (٢٦٩٢) ٣: ٦٢ كتاب الجهاد، باب في فداء الأسير بالمال.

وأخرجه أحمد في مسنده (٢٦٤٠٥) ٦: ٢٧٦.

و «على ثمامة بن أثال»[1] .

و «فادى أسيراً برجلين من أصحابه أسرتهما ثقيف»[2] .

و «فادى أسارى بدر»[3] .

وأما كون الفداء يجوز بمسلم أو بمال على المذهب فـ «لأن النبي ﷺ فادى بمسلم في أسرى ثقيف»[4] و«بمال في أسرى بدر»[5] .

وأما كونه لا يجوز بمال على رواية فلأن الله تعالى عاتب رسوله ﷺ وأصحابه على فداء الأسرى يوم بدر بالمال بقوله: ﴿تريدون عرض الدنيا﴾ [الأنفال: ٦٧] .

---

(١) عن أبي هريرة قال: «بعث رسول الله ﷺ خيلاً قبل نجد . فجائت برجل من بني حنيفة يقال له ثمامة بن أثال . سيد أهل اليمامة فربطوه بسارية من سوارى المسجد . فخرج إليه رسول الله ﷺ فقال: ماذا عندك يا ثمامة؟ فقال: عندي يا محمد خير . إن تقتل تقتل ذا دم . وإن تنعم تنعم على شاكر . وإن كنت تريد المال فسل تعط منه ما شئت . فتركه رسول الله ﷺ. حتى كان بعد الغد. فقال: ما عندك يا ثمامة؟ قال: ما قلت لك . إن تنعم تنعم على شاكر . وإن تقتل تقتل ذا دم . وإن كنت تريد المال فسل تعط منه ما شئت... الحديث . وفيه : أطلقوا ثمامة » .

أخرجه مسلم في صحيحه (١٧٦٤) ٣: ١٣٨٦ كتاب الجهاد والسير، باب ربط الأسير وحبسه وجواز المن عليه .

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه من حديث عمران بن حصين مطولاً (١٦٤١) ٣: ١٢٦٢ كتاب النذر، باب لا وفاء لنذر في معصية الله...

وأخرجه الترمذي في جامعه مختصراً (١٥٦٨) ٤: ١٣٥ كتاب السير، باب ما جاء في قتل الأسارى والفداء .

وأخرجه أحمد في مسنده مختصراً (١٩٧٣٨) ٤: ٤٢٧ .

(٣) عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: «لما كان يوم قال نظر النبي ﷺ إلى أصحابه وهم ثلثمائة ونيف ونظر إلى المشركين فإذا هم ألف وزيادة... الحديث . وفيه : فقال أبو بكر رضي الله عنه يا نبي الله هؤلاء بنو العم والعشيرة والإخوان فإني أرى أن تأخذ منهم الفدية فيكون ما أخذنا منهم قوة لنا على الكفار وعسى الله أن يهديهم فيكونون لنا عضداً فقال رسول الله ﷺ: ما ترى يا ابن الخطاب؟ قال: قلت: والله ما أرى ما رأى أبو بكر رضي الله عنه ولكني أرى أن تمكنني من فلان قريباً لعمر فأضرب عنقه وتمكن علياً رضي الله عنه من عقيل فيضرب عنقه وتمكن حمزة من فلان أخيه فيضرب عنقه حتى يعلم الله أنه ليست في قلوبنا هوادة للمشركين هؤلاء صناديدهم وأئمتهم وقادتهم . فهوي رسول الله ﷺ ما قال أبو بكر رضي الله عنه ولم يهو ما قلت فأخذ منهم الفداء... الحديث بطوله » .

أخرجه أحمد في مسنده (٢٠٨) ١: ٣١ .

(٤) سبق تخريجه قريباً .

(٥) سبق تخريجه في الحديث السابق .

والأول أولى ؛ لأن دليل الرواية منسوخ .

وأما كون الأمير يخير في غير الكتابي ، وهو : من لا يُقَر على دينه كعبدة الأوثان بين القتل والمن والفداء فلما تقدم .

وأما كونه له استرقاقه في رواية فكالكتابي .

وأما كونه ليس له ذلك في رواية فلأنه لا يقر بالجزية . وهذه الصورة هي المراد من قول المصنف[1] : إلا غير الكتابي ففي استرقاقه روايتان . وهو استثناء من قوله : ويخير الأمير بين القتل أي يخير الأمير في الكتابي بين أمور أربعة وفاقاً . وفي غير الكتابي يخير بين أمور ثلاثة وفي الرابع خلاف .

فإن قيل : أيدخل فيما ذُكر العبد والنساء والصبيان والرهبان ومن كان زمنا أو أعمى أو شيخاً فانياً أو نحو ذلك؟

قيل : لا ؛ لأنهم لا يجوز قتلهم : أما العبد فلأن النبيﷺ قال : «أدركوا خالداً فمروه أن لا يقتل عسيفاً»[2] .

وأما البواقي فلما مر .

فإن قيل : ما حكمهم؟

قيل : يصيرون أرقاء بنفس السبي لأنهم مال لا ضرر في اقتنائهم أشبهوا البهائم .

وصرح المصنف رحمه الله في المغني في فصل : أن الكافر إذا كان مولى مسلم : على جواز استرقاق الشيخ الزَّمِن . ونقله غيره من الأصحاب فقال : كل من لا يقتل كالأعمى وغيره يَرِق بنفس السبي .

وقال المصنف رحمه الله في الكافي : الرجال الذين يحرم قتلهم كالشيخ الفاني ونحوه لا يجوز سبيهم ؛ لأنه لا نفع فيهم . وطريق الجمع بين نقليه ونقل غيره : أن من لا يجوز قتله إن كان فيه نفع جاز سبيه ، وإلا فلا . وتعليله في الكافي يؤيد هذا الجمع . إلا أنه يمكن أن يقال : ما من أحد إلا وفيه نفع لأن الزمِن يمكن كونه ناطوراً ، والأعمى يمكن كونه ينفخ في كور الحداد ؛ كما روي عن عمر «أنه أمر من كان من الصحابة كذلك بذلك» .

---

(١) سقط لفظ: المصنف من هـ.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٢٦٦٩) ٣: ٥٣ كتاب الجهاد، باب في قتل النساء.

وأما كون الأمير لا يجوز له أن يختار إلا الأصلح للمسلمين من الأمور المتقدم ذكرها فلأنه نائب للمسلمين فلا يجوز له فعل ما غلب على ظنه أنه لا مصلحة فيه .

فإن قيل : فإن تردد .

قيل : القتل أولى .

وأما كون من أسلم ممن تقدم ذكره يُرق في الحال فلأنه يحرم قتله لقوله عليه السلام : « لا يحل دم امرء مسلم إلا بإحدى ثلاث »[1] ، وهذا مسلم ، وإذا كان قتله حراماً وجب أن يصير رقيقاً كالمرأة .

وقال المصنف رحمه الله في الكافي : يخير فيهم الإمام بين المن عليهم وبين فدائهم وبين إرقاقهم ؛ لأنه إذا جاز ذلك في حال كفرهم ففي حال إسلامهم بطريق الأولى .

قال : (ومن سُبي من أطفالهم منفرداً ، أو مع أحد أبويه فهو مسلم . وإن سبي مع أبويه فهو على دينهما).

أما كون من سبي من أطفال الكفار منفرداً أو مع أحد أبويه مسلماً فلما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال : « كل مولودٍ يولد على الفطرة . وإنما أبواه يُهوّدانه ويُنصّرانه ويُمجّسانه »[2] رواه مسلم . جعل التبعية لأبويه فإذا سبي منفرداً أو مع أحدهما انقطعت تبعيته عنهما فوجب بقاؤه على حكم الفطرة .

وأما كونه على دين أبويه إذا سبي معهما فلأن التبعية باقية .

قال : (ولا ينفسخ النكاح باسترقاق الزوجين . وإن سبيت المرأة وحدها انفسخ نكاحها وحلت لسابيها).

أما كون نكاح الزوجين لا ينفسخ باسترقاقهما فلأن الرق معنى لا يمنع ابتداء النكاح فلا يقطع استدامته كالعتق .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٦٤٨٤) ٦: ٢٥٢١ كتاب الديات، باب قول الله تعالى: ﴿أن النفس بالنفس والعين بالعين...﴾ .
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٦٧٦) ٣: ١٣٠٢ كتاب القسامة والمحاربين والقصاص والديات، باب ما يباح به دم المسلم .

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه (٢٦٥٨) ٤: ٢٠٤٧ كتاب القدر، باب معنى كل مولود يولد على الفطرة .

وأما كونه ينفسخ إذا سبيت المرأة وحدها فلأنـها تحل لسابيها لما يأتي ، ولو لم ينفسخ نكاحها لما كان كذلك .

وأما كونها تحل لسابيها فلقوله تعالى :﴿والمحصناتُ -أي والمزوجات- من النساء إلا ما ملكت أيمانكم﴾ [النساء :٢٤] أي بالسبي .

روى أبو سعيد الخدري قال : « أصبنا سبايا يومَ أوطاس ولهن أزواج في قومهن . فذكروا ذلك لرسول الله ﷺ فنزلت : ﴿والمحصناتُ من النساء إلا ما ملكت أيمانكم . . . الآية﴾ [النساء :٢٤] »[1] رواه الترمذي ، وقال هذا حديث حسن .

قال : (وهل يجوز بيع من استُرق منهم للمشركين؟ على روايتين).

أما كون بيع من استرق من الكفار يجوز للمشركين على رواية فـ « لأن النبي ﷺ باع سبي بني قريظة من أهل الحرب » .

ولأنهم لا يُمنعون من إثبات أيديهم عليهم فلم يمنعوا من ابتداء ذلك كالمسلم .

وأما كون ذلك لا يجوز على روايةٍ فلأنه يروى عن عمر « أنه كتب ينهى أمراء الأمصار عن ذلك » .

ولأن في إبقائهم في دار الإسلام تحصيلاً لإسلامهم غالباً فلا يجوز ردهم إلى الشرك كما لو أسلموا .

قال : (ولا يفرق في البيع بين ذوي رحم محرم إلا بعد البلوغ على إحدى الروايتين).

أما كون من ذُكر لا يفرق بينهم قبل البلوغ فلما روى أبو أيوب قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : « من فرّق بين والدة وولدها فرّق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة »[2] رواه الترمذي ، وقال : حديث حسن غريب .

وعن علي رضي الله عنه قال : « وهَب لي رسول الله ﷺ غلامين أخوين . فبعت أحدهما . فقال لي رسول الله ﷺ : ما فعل غلامك ؟ فأخبرته . فقال : رده رده »[3] رواه الترمذي ، وقال : هذا حديث حسن غريب .

---

(١) أخرجه الترمذي في جامعه (٣٠١٦) ٥: ٢٣٤ كتاب تفسير القرآن، باب ومن سورة النساء .

(٢) أخرجه الترمذي في جامعه (١٥٦٦) ٤: ١٣٤ كتاب السير، باب في كراهية التفريق بين السبي .

(٣) أخرجه الترمذي في جامعه (١٢٨٤) ٣: ٤٩٢ كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية الفرق بين الأخوين أو بين الوالدة .

ولأنه لا يفرق بين الوالد والولد الطفل وفاقاً فكذلك كل ذوي رحم محرم .

وأما كونهم لا يفرق بينهم بعد البلوغ على رواية فلما ذُكر قبل .

وأما كونهم يفرق بينهم على رواية فلأن النبيﷺ قال : « لا يُفرق بين الأم وولدها . فقيل : إلى متى ؟ قال : حتى يبلغ الغلام وتحيض الجارية »[1] .

ولأن الأحرار يتفرقون بعد البلوغ فالعبيد أولى .

قال : (**وإذا حصر الإمام حصناً لزمه مصابرته إذا رأى المصلحة فيه ، فإن أسلموا أو من أسلم منهم أحرز دمه وماله وأولاده الصغار ، وإن سألوا الموادعة بمال أو غيره جاز إن كانت المصلحة فيه ، وإن نزلوا على حكم حاكم جاز إذا كان بالغاً عاقلاً من أهل الاجتهاد**) .

أما كون الإمام إذا حصر حصناً يلزم مصابرته إذا رأى المصلحة فيها فلأن عليه فعل ما فيه مصلحة المسلمين وقد وُجدت . وكلام المصنف رحمه الله مشعرٌ بأن الإمام إذا رأى المصلحة في الانصراف جاز . وهو صحيح . صرح به في المغني ؛ « لأن النبي ﷺ حاصر أهل الطائف فلم ينَل منهم شيئاً فانصرف قبل فتح الحصن »[2] .

وأما قول المصنف رحمه الله : فإن أسلموا ... إلى آخره فمشعر بأنه يزول اللزوم المذكور إذا وجد منهم إسلام أو سؤال موادعة أو نزول على حكم حاكم . وهو صحيح : أما زواله بالإسلام فلقول رسول اللهﷺ : «أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله »[3] . فعلى هذا من أسلم منهم حَقَن دمه وماله وأولاده الصغار : أما الدم والمال فلأن في تتمة الحديث المذكور : « فإذا قالوها عصموا مني دمائهم وأموالهم » .

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٩: ١٢٨ كتاب السير، باب الوقت الذي يجوز فيه التفريق .

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٠٧٠) ٤: ١٥٧٢ كتاب المغازي، باب غزوة الطائف .

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٥) ١: ١٧ كتاب الإيمان، باب ﴿فإن تابوا وأقاموا الصلاة وآتوا الزكاة فخلوا سبيلهم﴾ .

وأخرجه مسلم في صحيحه (٢٢) ١: ٥٣ كتاب الإيمان، باب الأمر بقتال الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله محمد رسول الله...

وأما الأولاد فـ «لأن النبي ﷺ حاصر بني قريظة فأسلم أبناء سَعْيَة ، فأحرز إسلامهما أموالهما وأولادهما»[1] .

ولأن الأولاد الصغار تبع لهم في الإسلام فكذلك في العصمة .

وأما زواله بالموادعة فلأن الغرض إعلاء كلمة الإسلام وصَغار الكفرة وذلك حاصل . فعلى هذا يجوز بالمال وبغير مال كما يجوز المن عليهم .

واشترط بعض الأصحاب في عقدها بغير مال أن يعجز المسلمون أو يستضروا بالمقام ليكون ذلك عذراً في الانصراف .

وأما زواله بالنزول على حكم حاكم فـ «لأن بني قريظة حين حصرهم النبي ﷺ نزلوا على حكم سعد بن معاذ»[2] .

فعلى هذا يشترط في الحاكم أن يكون مسلماً حراً بالغاً عاقلاً مجتهداً ؛ لأنه حكم أشبه ولاية القضاء .

ولم يذكر المصنف رحمه الله اشتراط ذكوريته واشترطه في الكافي كذلك .

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى عن عاصم بن عمرو بن قتادة عن شيخ من قريظة أنه قال: «هل تدري عما كان إسلام ثعلبة وأسيد ابني سعية وأسد بن عبد نفر من هدل لم يكونوا من بني قريظة ولا نضير كانوا فوق ذلك فقلت: لا. قال: فإنه قدم علينا رجل من الشام من يهود يقال: له ابن الهيبان فأقام عندنا والله ما رأينا رجلاً قط لا يصلي الخمس خيراً منه فقدم علينا قبل مبعث رسول الله ﷺ بسنتين فكنا إذا قحطنا وقل علينا المطر نقول له يا ابن الهيبان أخرج فاستسق لنا فيقول لا والله حتى تقدموا أمام مخرجكم صدقة فنقول: كم نقدم؟ فيقول صاعاً من تمر أو مدين من شعير ثم يخرج إلى ظاهرة حرتنا ونحن معه فيستقي فوالله ما يقوم من مجلسه حتى تمر الشعاب قد فعل ذلك غير مرة ولا مرتين ولا ثلاثة فحضرته الوفاة فاجتمعنا إليه فقال: يا معشر يهود ما ترونه أخرجني من أرض الخمر والخمير إلى أرض البؤس والجوع فقلنا: أنت أعلم فقال: إنه إنما أخرجني أتوقع خروج نبي قد أظل زمانه هذه البلاد مهاجره فاتبعه فلا تسبقن إليه إذا خرج يا معشر يهود فإنه يسفك الدماء ويسبي الذراري والنساء ممن خالفه فلا يمنعكم ذلك منه ثم مات فلما كانت تلك الليلة التي افتتحت فيها قريظة قال: أولئك الفتية الثلاثة وكانوا شبانا أحداثا يا معشر يهود للذي كان ذكر لكم ابن الهيبان قالوا: ما هو؟ قالوا: بلى والله لهو يا معشر اليهود أنه والله لهو لصفته ثم نزلوا فأسلموا وأحلوا أموالهم وأولادهم وأهاليهم قال: وكانت أموالهم في الحصن مع المشركين فلما فتح رد ذلك عليهم» ٩ : ١١٤ كتاب السير، باب الحربي يدخل بأمان وله مال في دار الحرب .

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٣٨٩٦) ٤ : ١٥١١ كتاب المغازي، باب مرجع النبي ﷺ من الأحزاب ومخرجه إلى قريظة .

قال : (ولا يحكم إلا بما فيه حَظٌّ للمسلمين من : القتل ، والسبي ، والفداء . فإن حكم بالمن لزم قبوله في أحد الوجهين ، وإن حكم بقتل أو سبي فأسلموا عصموا دماءهم ، وفي استرقاقهم وجهان).

أما كون الحاكم المذكور لا يحكم إلا بما فيه حظٌّ للمسلمين من الأمور المذكورة فلأنه نائب الإمام فقام مقامه في اختيار الأحظ .

ولأنه يخير فلم يجز فيه إلا الأحظ كخيرة الإمام إذا أسر أسيراً .

وأما كونه إذا حكم بالمن يلزم قبول حكمه في وجهٍ وهو للقاضي فلأنه نائب الإمام فلزم قبوله منه إذا رآه كالإمام .

وأما كونه لا يلزم في وجه وهو لأبي الخطاب فلأنه إذا لم يره الإمام تبين أنه لا حظ فيه .

فإن قيل : كلام المصنف رحمه الله مطلق وتعليل الوجه الثاني يقتضي كونه مقيداً بأن الإمام لم يره .

قيل : هكذا علله في الكافي .

وقيده صاحب الخلاصة فيها فقال : فإن حكم بالمن فأبى الإمام .

وهو حسن لما ذكر . [إلا أن فيه نظراً من حيث إن الوجه المذكور لأبي الخطاب ولم يقيده في هدايته][1] .

وأما كونهم يعصمون دمائهم إذا حَكم بقتلهم أو سبيهم فأسلموا فلأن قتل المسلم حرام .

وفي اقتصار المصنف رحمه الله على عصمة الدماء دليل على عصمة المال . وقد صرح بذلك في الكافي ، ونقله غيره .

وإنما لم يعصموا أموالهم ؛ لأنها صارت للمسلمين قبل إسلامهم .

وأما كونهم لا يُسترقون في وجهٍ فلأنهم أسلموا قبل استرقاقهم أشبه ما لو أسلموا قبل القدرة عليهم .

---

(١) ساقط من هـ .

وأما كونهم يُسترقون في وجه فلأنهم أسلموا بعد القدرة عليهم ووجوبِ قتلهم أشبه الأسير إذا أسلم بعد اختيار الإمام قتله .

باب ما يلزم الإمام والجيش

قال المصنف رحمه الله: (**يلزم الإمامُ عند مسير الجيش تعاهدَ الخيل والرجال، فما لا يصلح للحرب يمنعه من الدخول، ويمنع المُخذّلَ والمرجِفَ والنساءَ إلا طاعنةً في السن لسقي الماء ومعالجة الجرحاء**)[1].

أما كون الإمام يلزمه تعاهدَ الخيل والرجال عند مسير الجيش فلأن ذلك من مصالح الجيش فلزمه فعله كبقية المصالح.

وأما كون ما لا يصلح للحرب يمنعه من الدخول فلئلا يُقطع في دار الحرب.

ولأن دخول مثل ذلك معه ربما كان سبباً للهزيمة.

والمراد بما لا يصلح من الخيل: الفرس الحطيم والكبير والضعيف والأعجف. ومن الرجال الزمن والأشل والمفلوج والمريض وما أشبه ذلك.

وأما كونه يمنع المخذل وهو: الذي يُضَعّف قلوب الناس فيقول: إن في عدونا كثرة وقوة ونحن ضعفاء ولا طاقة لنا بهم.

والمرجف: وهو الذي يقول: هلكت سرية المسلمين التي مضت، أو يقول: للمشركين مدد وورائهم جيش وما أشبه ذلك؛ فلقوله تعالى: ﴿ولكن كَره الله انبعاثهم فَثَبَّطهم وقيل اقعدوا مع القاعدين﴾ [التوبة: ٤٦].

وقوله تعالى: ﴿لو خرجوا فيكم ما زادوكم إلا خَبالاً ولأَوْضعوا خِلاَلَكم﴾ [التوبة: ٤٧].

ولأن هؤلاء مضرة على المسلمين فيلزم الإمام منعهم: إزالةً للضرر.

وأما كونه يمنع النساء غير طاعنة في السن كالشَّواب فلما في ذلك من الافتتان بهن مع أنهن لسن من أهل القتال لاستيلاء الخَوَر والجبن عليهن.

---

(١) في المقنع: الجرحى.

ولأنه لا يؤمن ظَفَر العدو بهن فيستحلون منهن ما حرم الله .

وأما كونه لا يمنع طاعنة في السن لسقي الماء ومعالجة الجرحاء فلما روى أنس قال : « كان النبي ﷺ يغزو بأم سليم ونسوةٍ معها من الأنصار يستقين الماء ويداوين الجرحاء »[1] قال الترمذي : هذا حديث صحيح .

قال : (ولا يستعين بمشركٍ إلا عند الحاجة إليه) .

أما كون الإمام لا يستعين بمشرك عند عدم الحاجة إليه فلما روت عائشة « أن رسول الله ﷺ خرج إلى بدر ، فتبعه رجل من المشركين . قال : تؤمن بالله ورسوله ؟ قال : لا . قال : فارجع فلن أستعين بمشرك »[2] متفق عليه .

وأما كونه يَستعين به عند الحاجة إليه فـ « لأن صفوان بن أمية شهد حنيناً مع رسول الله ﷺ وهو مشرك » رواه سعيد .

فإن قيل : الحديثان مطلقان فينبغي أن يتعارضا .

قيل : يجب حملهما على ما ذُكر جمعاً بينهما ونفياً للتعارض .

قال : (ويَرفُق بهم في السير ، ويُعد لهم الزاد ، ويُقوي نفوسهم بما يخيل إليهم من أسباب النصر) .

أما كون الإمام يَرفق بالجيش في السير . والمراد به أنه في السير يسير بهم سير أضعفهم فلأن النبي ﷺ قال : « أمير القوم أقطعهم » . أي أقلهم سيراً .

ولئلا ينقطع منهم أحد أو يشق عليه .

فإن قيل : الرفق المذكور مطلقاً أو مع عدم الحاجة ؟

---

(١) أخرجه الترمذي في جامعه (١٥٧٥) ٤: ١٣٩ كتاب السير، باب ما جاء في خروج النساء في الحرب .

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه (١٨١٧) ٣: ١٤٥٠ كتاب الجهاد والسير، باب كراهة الاستعانة في الغزو بكافر . و لم أره عند البخاري .

وأخرجه أبو داود في سننه (٢٧٣٢) ٣: ٧٥ كتاب الجهاد، باب في المشرك يسهم له.

وأخرجه الترمذي في جامعه (١٥٥٨) ٤: ١٢٧ كتاب السير، باب ما جاء في أهل الذمة يغزون مع المسلمين هل يسهم لهم.

وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٨٣٢) ٢: ٩٤٥ كتاب الجهاد، باب الاستعانة بالمشركين. مختصر.

وأخرجه أحمد في مسنده (٢٤٤٣١) ٦: ٦٨.

قيل: بل مع عدم الحاجة إلى العجلة. فإن دعتنا الحاجة جاز «لأن النبي ﷺ جَدَّ حين بلغه قولَ عبدالله بن أبي: ﴿ليخرجن الأعز منها الأذل﴾ [المنافقون: ٨]»[1] لِيَشغل الناس عن الخوض فيه.

وأما كونه يُعد الزاد لهم فلأنهم ربما طال سفرهم عما عزموا عليه فيهلكون إذا لم يكن لهم زاد.

وأما كونه يقوي نفوسهم بما يخيل إليهم من أسباب النصر فلأن ذلك مما تستعين النفوس به على المصابرة ويعينها على القتال. وقد نبه الله تعالى على ذلك في القرآن حيث قال تعالى فيه: ﴿وعدكم الله مغانمَ كثيرةً... الآية﴾ [الفتح: ٢٠].

قال: (ويعرّف عليهم العرفاء، ويَعقد لهم الألوية والرايات، ويجعل لكل طائفة شعاراً يتداعون به عند الحرب).

أما كون الإمام يُعرّف العرفاء على جيشه؛ فـ «لأن النبيﷺ عرف عام خيبر على كل عشرة عريفاً».

ولأنه أقرب في جمعهم.

وأما كونه يعقد لهم الألوية والرايات؛ فلما روى ابن عباس «أن أبا سفيان حين أسلم قال رسول الله ﷺ للعباس: احبسه على الوادي حتى تمر به جنود الله فيراها. قال: فحبسته حيث أمرني رسول اللهﷺ. ومرت به القبائل على راياتها».

والمراد بالألوية المطارد. قاله الجوهري. وبالرايات الأعلام.

وأما كونه يجعل لكل طائفة شعاراً يتداعون به عند الحرب؛ فلأن الإنسان ربما احتاج إلى نصرة صاحبه فإذا كان بينهم شِعار وهو العلامة دعى أحدهم صاحبه بها.

ولأن الإنسان ربما ضل فيهتدي بالشعار.

قال: (ويَتخير لهم المنازل، ويتبع مكامنها فيحفظها، ويبعث[2] العيون على العدو حتى لا يخفى عليه أمرهم).

أما كون الإمام يتخير لجيشه المنازل فلأن ذلك أرفق بهم، وفيه إعانة على السير.

---

(١) ذكره السيوطي في الدر المنثور ٨: ١٧٨ وعزاه إلى ابن أبي شيبة في تفسيره.

(٢) في المقنع: ويبث.

وأما كونه يتبع مكامنها فيحفظها فليأمن هجوم العدو عليهم .

وأما كونه يبعث العيون على العدو فـ « لأن النبيﷺ بعث حُذافة بن اليمان في غزاة الخندق ودحية الكلبي في بعض غزواته »[1] .

ولأنه إذا فعل ذلك لا يخفى عليه أمرهم . وقد نبه المصنف رحمه الله على ذلك بقوله : حتى لا يخفى عليه أمرهم .

قال : (ويمنع جيشه من الفساد والمعاصي ، ويَعِد ذا الصبر بالأجر والنَّفَل ، ويشاور ذا الرأي).

أما كون الإمام يمنع جيشه مما ذُكر فلأن ذلك داع للنصر وسبب للظفر .

وأما كونه يَعِد ذا الصبر بالأجر والنفَل فلأن ذلك وسيلة إلى بذل جهده وازدياد صبره .

وأما كونه يشاور ذا الرأي فلقوله تعالى :﴿وشاورهم في الأمر﴾ [آل عمران :١٥٩] .

ولقوله عليه السلام : « ما خاب من استشار »[2] .

ولقوله : « لن يهلك قوم عن مشورة »[3] .

ولأن في ذلك تطييباً لقلوبهم . وربما ظهر له بالمشاورة ما خفي عليه . ولذلك قال الشاعر :

الرأي قبل شجاعة الشجعان		هو أول وهي المحل الثاني

قال : (ويصُفُّ جيشه ، ويجعل في كل جنبة كفؤاً . ولا يميل مع قريبه وذي مذهبه على غيره).

أما كون الإمام يصف جيشه فلأن ذلك من مصالح الحرب .

---

(١) حديث بعث حذافة بن اليمان في غزوة الخندق أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٩: ١٤٨ كتاب السير، باب بعث العيون والطلائع من المسلمين.

(٢) لم أقف عليه هكذا . وقد ذكر الهيثمي في مجمع الزوائد عن أنس بن مالك قال: قال رسول الله ﷺ: « ما خاب من استخار ولا ندم من استشار ولا عال من اقتصد ». وعزاه إلى الطبراني في الصغير من طريق عبدالسلام بن عبدالقدوس وكلاهما ضعيف جداً. ٨: ٩٦ كتاب الأدب، باب ما جاء في المشاورة.

(٣) أخرجه ابن أبي حاتم الرازي في علله عن سعيد بن المسيب عن النبيﷺ: « لن يهلك امرؤ عن مشورة » (٢١٧٨) ٢: ٢٣١ علل أخبار في الأدب والطب. وقال: إنما روى هذا الحديث هشيم عن علي بن زيد بن جدعان فنرى أنه أخذه عن أشعث أو عن رجل عن أشعث وأشعث بن براز ضعيف الحديث.

وأما كونه يجعل في كل جنبة كفؤاً ؛ فلما روى أبو هريرة قال : « كنت مع النبي ﷺ فجعل خالداً على إحدى المجنبتين ، وجعل الزبير على الأخرى ، وجعل أبا عبيدة للساقة »[1] .

ولأن ذلك أحوط للحرب وأبلغ في إرهاب العدو .

وأما كونه لا يميل مع قريبه وذي مذهبه على غيره ؛ فلئلا ينكسر قلب من يميل عليه فيخذله عند الحاجة .

ولأن ذلك يُفسد القلوب ويشتت الكلمة .

قال : (ويجوز له أن يَبذل جُعلاً لمن يدله على طريق أو قلعة أو ماء . ويجب أن يكون معلوماً إلا أن يكون من مال الكفار فيجوز مجهولاً) .

أما كون الإمام يجوز له أن يبذل جُعلاً فيما ذُكر فلأنه من مصالح المسلمين فجاز بذله كسائر المصالح .

وأما كون الجُعل يجب أن يكون معلوماً إذا كان من مال المسلمين ؛ فلأنه جُعل فوجب أن يكون معلوماً كالجعل في المسابقة ورد الضالّة .

وأما كونه يجوز أن يكون مجهولاً إذا كان من مال الكفار فـ « لأن النبي ﷺ جعل الثلث والربع وسلب المقتول » . وهو مجهول .

قال : (فإن جعل له جارية منهم فماتت قبْل الفتح فلا شيء له ، وإن أسلمت قبل الفتح فله قيمتها ، وإن أسلمت بعده سُلمت إليه . إلا أن يكون كافراً فله قيمتها . وإن فتحت صلحاً ولم يشترطوا الجارية فله قيمتها . فإن أبى إلا الجارية وامتنعوا من بذلها فُسخ الصلح . ويحتمل أن لا يكون له إلا قيمتها) .

أما كون من جُعلت له الجارية لا شيء له إذا ماتت قبل الفتح فلأن حقه متعلق بمعيّن فيسقط بتلفه من غير تفريط كالوديعة .

وأما كونه له قيمتها إذا أسلمت قبل الفتح فلأنها عَصَمت نفسها بالإسلام فوجب له قيمتها لأن الحق إذا تعذر ردُّ عينه وجب رد قيمته أشبه ما لو أتلف مال غيره الذي لا مثل له .

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٧٨٠) ٣: ١٤٠٥ كتاب الجهاد والسير ، باب فتح مكة .

و «لأن النبي ﷺ لما صالح أهل مكة عام الحديبية على أن من جاءه مسلماً رده إليهم فجاء نساء مسلمات منعه الله ردهن وأمره برد مهورهن»[1] .

وأما كون الجارية تُسَلّم إليه إذا أسلمت بعد الفتح وكان مسلماً فلأنه أمكن الوفاء بما شرط له فكان واجباً لقوله ﷺ : «المسلمون على شروطهم»[2] .

وأما كونها لا تُسلم إليه إذا كان كافراً فلأن الكافر لا يجوز له أن يبتدئ الملك على مسلم .

وأما كون الكافر له قيمتها فلأنه تعذر تسليمها إليه فوجب الرجوع إلى بدلها وهو القيمة لما تقدم .

وأما كونه له قيمتها إذا فُتحت القلعة صلحاً ولم يشترط المسلمون الجارية فلأن رد عينها متعذر لكونها تدخل تحت الصلح ، وإذا تعذر رد عينها تعين رد قيمتها لأنها بدلها .

وفي قول المصنف رحمه الله : ولم يشترطوا الجارية إشعار بأنه لو شُرط في الصلح تسليم الجارية لزم تسليم عينها لا قيمتها . وهو صحيح لما فيه من الوفاء بالشرط .

وأما كون الصلح ينفسخ إذا لم يرض من جُعلت له الجارية بقيمتها وامتنع أهلها من بذلها على المذهب فلأنه تعذر إمضاؤه لأن حق الدالّ سابق .

وأما كونه يحتمل أن لا يكون له إلا القيمة فلأنه تعذر تسليمها فوجب له قيمتها أشبه ما لو أسلمت .

قال : (وله أن يُنفّل في البُداءة الربع بعد الخمس ، وفي الرجعة الثلث بعده . وذلك إذا دخل الجيش بَعَث سريةً تُغير ، فإذا رجع بعث أخرى ؛ فما أتت به أخرج خُمُسه وأعطى السرية ما جعل لها وقسم الباقي للجيش والسرية معاً) .

أما كون الإمام له أن يُنَفّل ما ذُكر فـ «لأن النبي ﷺ نَفّل الربع في البَدْأة والثلث في الرجعة»[3] .

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢٧٦٥) ٣: ٨٥ كتاب الجهاد، باب في صلح العدو .

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٣٥٩٤) ٣: ٣٠٤ كتاب الأقضية، باب في الصلح .
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٣٥٢) ٣: ٤٩٢ كتاب الأحكام، باب ما ذكر عن رسول الله ﷺ في الصلح بين الناس .

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٢٧٥٠) ٣: ٨٠ كتاب الجهاد، باب فيمن قال: الخمس قبل النفل .

وفي لفظ : «كان ينفل الربع بعد الخمس والثلث بعد الخمس إذا قَفَل»[1] . رواهما أبو داود .

فإن قيل: لم أزيد في الرجعة على البداءة ؟

قيل : لمشقة الرجعة ؛ لأن الجيش في البداءة ردء للسرية بخلاف الرجعة .

وأما قول المصنف رحمه الله : وذلك إذا دخل ... إلى آخره فبيان لما يَفعل الإمام عند الدخول والرجوع من بعث السرية .

وأما قوله : فما أتت به أخرج خمسه فتنبيه على أن السرية يخمس ما غنمت كالجيش ؛ لأنه مال مغتنم فيدخل في قوله تعالى :﴿واعلموا أنما غنمتم من شيء فأن لله خُمُسَه﴾ [الأنفال : ٤١] .

وأما قوله : وقسم الباقي للجيش والسرية فتنبيه على أن الجيش يشارك سراياه فيما غنمت . وسيأتي ذكره في باب قسم الغنائم[2] .

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢٧٤٩) الموضع السابق.

(٢) ص: ٣٠٣.

فصل (فيما يلزم الجيش)

قال المصنف رحمه الله : (ويلزم الجيشُ طاعةَ الأمير ، والنصحَ له ، والصبرَ معه)

أما كون الجيشِ يلزمه طاعةَ الأمير فلقوله تعالى :﴿يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم﴾ [النساء :٥٩] .

وقول رسول الله ﷺ : «من أطاعني فقد أطاع الله ، ومن أطاع أميري فقد أطاعني . ومن عصاني فقد عصا الله ، ومن عصى أميري فقد عصاني»[(١)] رواه النسائي .

وأما كونهم يلزمهم النصحَ له ؛ فلأن نصحه نصح للمسلمين .

ولأنه وُضع للدفع عن المسلمين فإذا نصحوه كثر دفعه .

وفي الحديث : «إن الله يزع بالسلطان ما لا يزع بالقرآن» ومعناه يكف .

وأما كونهم يلزمهم الصبر معه فلقوله تعالى :﴿يا أيها الذين آمنوا اصبرو﴾ [آل عمران :٢٠٠] .

ولأن الصبر من أقوى أسباب النصر والظفر .

قال : (ولا يجوز لأحد أن يتعلف ، ولا يحتطب ، ولا يبارز ، ولا يخرج من العسكر[(٢)] ، ولا يحدث حدثاً إلا بإذنه)

أما كون أحدٍ لا يجوز له أن يتعلف ، وهو : تحصيل العلف للدواب . ولا يحتطب ، وهو : تحصيل الحطب بغير إذن الإمام ؛ فلقوله تعالى :﴿إنما المؤمنون الذين آمنوا بالله ورسوله وإذا كانوا معه على أمرٍ جامعٍ لم يذهبوا حتى يستأذنوه﴾ [النور :٦٢] .

ولأن الأمير أعرف بحال الناس والمواضع والمكامن وقربِ العدو وبعدِه فإذا خرجوا بغير إذنه لم يؤمن أن يكون في موضع ذهابهم عدوٌ فيظفر بهم .

وربما ارتحل الأمير وبقي الخارج فيضيع .

---

(١) أخرجه النسائي في سننه (٤١٩٣) ٧: ١٥٤ كتاب البيعة، الترغيب في طاعة الإمام.

(٢) في المقنع: المعسكر .

وأما كونه لا يجوز أن يبارز بغير إذنه فلأن الأمير أعرف بفرسانه وشأنِ عدوه فإذا برز بغير إذنه فربما برز إلى من لا يُطيقه فلا يؤمن ظفَر العدو به فينكسر قلوبَ المسلمين .

وأما كونه لا يجوز أن يخرج من العسكر بغير إذنه فلأنه ربما كان للعدو كمين فيأخذوه وينكسر قلوب المسلمين ، وربما دخل الأمير وأدى خروجه إلى ضياعه .

وأما كونه لا يجوز أن يحدث حدثاً بغير إذنه فلما ذُكر قبلُ .

قال : (**فإن دعا كافر إلى البراز استحب لمن يعلم من نفسه القوة والشجاعة مبارزته بإذن الأمير ، فإن شرط الكافر أن لا يقاتله[1] غير الخارج إليه فله شرطه . فإن انهزم المسلم أو أثخن بالجراح جاز الدفع عنه . وإن قتله المسلم فله سلبه**).

أما كون مبارزة من يعلم من نفسه ما ذُكر يستحب بإذن الأمير فـ « لأن حمزة وعلياً وعبيدة بن الحارث بارزوا يوم بدر بإذن النبي ﷺ »[2] .

و « بارز ابنُ الأكوع مرحباً يوم خيبر ثم بارزه علي »[3] .

وقيل : « بارزه محمد بن مسلمة »[4] .

ولم يزل أصحاب النبي ﷺ يبارزون في حروبهم . روي عن البراء بن مالك أنه قال : « قتلت تسعة وتسعين رئيساً من المشركين مبارزة »[5] .

وأما كون الكافر له شرطه إذا شرط أن لا يقاتله غير الخارج إليه ؛ فلقوله ﷺ : « المسلمون على شروطهم »[6] .

وأما كون الدفع عن المسلم يجوز إذا انهزم فلأن المسلم إذا صار إلى هذه الحالة فقد انقضى قتاله وربما أثخنه فقتله .

---

(١) في هـ: أن يقاتله .

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٢٦٦٥) ٣: ٥٢-٥٣ كتاب الجهاد ، باب: في المبارزة.
وأخرجه أحمد في مسنده (٩٥١) ط إحياء التراث . كلاهما عن علي رضي الله عنه.

(٣) أخرجه أحمد في مسنده (٢٣٠٨١) ٥: ٣٥٨.

(٤) أخرجه أحمد في مسنده (١٥١٧٣) ٣: ٣٨٥.

(٥) أخرجه عبدالرزاق في مصنفه (٩٤٦٩) ٥: ٢٣٣ كتاب الجهاد، باب السلب والمبارزة.

(٦) سبق تخريجه ص: ٢٩٢.

وأما كونه يجوز إذا أُثخن بالجراح فـ «لأن حمزة وعلياً أعانا عُبيدة بن الحارث على قتل شيبة بن ربيعة حين أُثخن عبيدة»[1] .

وأما كون المسلم له سلب الكافر إذا قتله فلأن القاتل يستحق سلب المقتول ؛ لما سيأتي بعد .

قال : (وكل من قَتل قتيلاً فله سلبه غير مخموس إذا قتله حال الحرب منهمكاً على القتال غير مثخن ، وغرر بنفسه في قتله . وعنه : لا يستحقه إلا من شُرط له).

أما كون من قتل قتيلاً له سلبه ؛ فلأن النبيﷺ قال : «من قتل كافراً فله سلبه»[2] .

وقال عليه السلام : «من قتل قتيلاً له عليه بينة فله سلبه»[3] متفق عليه .

وأما كون السلب غيرَ مخموس «فلأن النبيﷺ قال عن طليعة الكفار : من قتله ؟ قالوا : ابن الأكوع قال : له سلبه أجمع»[4] رواه أبو داود .

وروى عوف بن مالك «أن رسول اللهﷺ قضى في السلب للقاتل ، ولم يخمس السلب»[5] . روه أبو داود .

وأما قول المصنف رحمه الله : إذا قتله ... إلى آخره ؛ فبيان لما يشترط في كون السلب للقاتل ، وهو أشياء :

أحدها : أن يَقتله حال الحرب ، فإن قتله بعد انقضائها فلا سلب له ؛ «لأن عبدالله بن مسعود وقف على أبي جهل ، وقضى النبيﷺ بسلبه لمعاذ بن عمرو[6] بن الجموح»[7] ؛ لأنه أثبته .

---

(١) سبق تخريجه قريبا من حديث علي رضي الله عنه.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٢٧١٨) ٣: ٧١ كتاب الجهاد، باب في السلب يعطى القاتل .

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٩٧٣) ٣: ١١٤٤ أبواب الخمس، باب من لم يخمس الأسلاب...
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٧٥١) ٣: ١٣٧٠ كتاب الجهاد والسير، باب استحقاق القاتل سلب القتيل . كلاهما عن أبي قتادة .

(٤) أخرجه أبو داود في سننه (٢٦٥٤) ٣: ٤٩ كتاب الجهاد، باب في الجاسوس المستأمن .

(٥) أخرجه أبو داود في سننه (٢٧٢١) ٣: ٧٢ كتاب الجهاد، باب في السلب لا يخمس .

(٦) في هـ: عمر.

(٧) أخرجه البخاري في صحيحه (٣٧٤٥) ٤: ١٤٥٨ كتاب المغازي ، باب: قتل أبي جهل .
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٨٠٠) ٣: ١٤٢٤ كتاب الجهاد والسير، باب: قتل أبي جهل.

وثانيها : أن يكون مُقبلاً على القتال فإن كان مدبراً فلا سلب له ؛ لأنه لم يغرر بنفسه في قتله .

وثالثها : أن يغرر بنفسه في قتله كالمبارز . فإن قتله بسهم من صف المسلمين فلا سلب له ؛ لأن الخبر إنما ورد في المبارزة ونحوها .

ورابعها : أن يكون القاتل ذا حق في المغنم حراً كان أو عبداً ، رجلاً أو صبياً . فإن لم يكن له حق كالمخذل والمرجف والكافر إذا حضر بغير إذن فلا سلب له ؛ لأنه لا حق له في المغنم فغيره أولى . و لم يذكر المصنف رحمه الله هذا الشرط هنا ، ونص عليه في الكافي .

وأما كونه لا يشترط في ذلك إذن الأمير على المذهب فلعموم ما تقدم من الأحاديث .

وأما كونه يُشترط على رواية ؛ فلما روى عوف بن مالك «أن مددا غزا معهم فقتل علجاً فأعطاه خالد بعض سلبه وأمسك سائره . فذُكر ذلك لرسول الله ﷺ فقال : لا تعطه يا خالد»[1] رواه أبو داود .

والأول أصح ؛ لما تقدم .

ولأن لفظ رسول الله ﷺ في قوله : «من قتل قتيلاً فله سلبه»[2] عام في غزوته وغيرها . ولذلك احتج به عوف بن مالك على خالد حين أخذ سلب المددي . فقال له عوف : «أما تعلم أن رسول الله ﷺ قضى بالسلب للقاتل؟ قال : بلى» .

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه عن عوف بن مالك . قال: «قتل رجل من حمير رجلاً من العدو فأراد سلبه . فمنعه خالد بن الوليد. وكان والياً عليهم. فأتى رسولَ الله ﷺ عوفُ بن مالك فأخبره . فقال لخالد: ما منعك أن تعطيه سلبه؟ قال: استكثرته يا رسول الله! قال: ادفعه إليه . فمرّ خالد بعوف فجرّ بردائه . ثم قال: هل أنجزتُ لك ما ذكرتُ لك من رسول الله ﷺ؟ فسمعه رسول الله ﷺ فاستُغضب . فقال: لا تعطه يا خالد! لا تعطه يا خالد! هل أنتم تاركون لي أمرائي؟ إنما مثلكم ومثلهم كمثل رجل استرعي إبلا أو غنما فرعاها ثم تحيّن سَقيها . فأوردها حوضا فشرعت فيه فشربت صَفوه وتركت كدره . فصفوه لكم وكدره عليهم» (١٧٥٣) ٣: ١٣٧٣ كتاب الجهاد والسير، باب استحقاق القاتل سلب القتيل .
وأخرجه أبو داود في سننه (٢٧١٩) ٣: ٧١ كتاب الجهاد، باب في الإمام يمنع القاتل السلب إن رأى والفرس والسلاح من السلب .

(٢) سبق تخريجه قريبا.

وقول عمر : «كنا لا نخمس السلب على عهد رسول اللهﷺ»[1] يدل على أن هذا من قضايا رسول اللهﷺ المشهورة العامة .

وأما أمر خالد بعدم الإعطاء فعقوبة لعوف حين أغضبه بتقريعه خالداً بين يديه .

قال : (فإن قطع أربعته، وقتله آخر فسلبه للقاطع . وإن قتله اثنان فسلبه غنيمة ، وقال القاضي : هو لهما).

أما كون السلب لقاطع أربعته دون قاتله بعد ذلك ؛ فلأن القاطع هو الذي أثبته ، ولذلك «أعطى رسول اللهﷺ معاذ بن عمرو[2] بن الجموح سلبَ أبي جهل»[3] ، و «لم يعطه ابن مسعود مع أنه تمم قتله»[4] .

وأما كون سلبه غنيمة إذا قتله اثنان على المذهب فلأن السلب يُستحق للتغرير ولا يحصل ذلك بالاشتراك ، وإذا لم يستحقه القاتل وجب كونه غنيمة كسائر أموال الكفار .

وأما كونه لهما على قول القاضي فلأنهما قتلاه فاستحقا سلبه لدخولهما في عموم الأحاديث المتقدمة . وكالواحد .

قال : (وإن أسره فقتله الإمام فسلبه غنيمة ، وقال القاضي : هو لمن أسره).

أما كون سلب من أسره فقتله الإمام غنيمة على الأول فلأن الذي أسره لم يقتله والإمام لم يغرر بنفسه في قتله .

وأما كونه لمن أسره على قول القاضي فلأنه غرر بنفسه في أسره أشبه ما لو قتله .

فإن قيل : ظاهر هذا التعليل أنه يستحق السلب سواء قتله الإمام أو فاداه .

---

(١) أخرجه عبدالرزاق في مصنفه (٩٤٦٨) ٥: ٢٣٣ كتاب الجهاد، باب السلب والمبارزة .
وأخرجه سعيد بن منصور في سننه (٢٧٠٨) ٢: ٢٦٣ كتاب الجهاد، باب ما يخمس في النفل .
وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦: ٣١٠ كتاب قسم الفيء والغنيمة، باب ما جاء في تخميس السلب .

(٢) في هـ: عمر.

(٣) سبق تخريجه ص: ٢٩٧.

(٤) أخرجه الطبراني في الكبير (١٢١٢٣) ١١: ٣٩٩ عن ابن عباس قال: «انتهى عبدالله بن مسعود إلى أبي جهل يوم بدر وهو وقيذ فاستل سيفه فضرب عنقه فبدر رأسه...» وذكره الهيثمي في مجمع الزوائد وقال: فيه إسماعيل بن أبي إسحاق أبو إسرائيل الملائي وهو ضعيف. وقال أحمد: يكتب حديثه. ٥: ٣٣١.

قيل : نعم . وصرح المصنف به في الكافي .

قال : (وإن قطع يده ورجله ، وقتله آخر فسلبه غنيمة . وقيل : هو للقاتل).

أما كون السلب في ما ذكر غنيمة على الأول فلأن القاطع والقاتل اشتركا فيه ولا تغرير مع الشركة ، وهو شرط في استحقاق القاتل السلب ، وإذا لم يستحقه القاتل تعين كونه غنيمة لما تقدم .

وأما كونه للقاتل على قولٍ ؛ فلدخوله في عموم قوله عليه السلام : «فمن قتل قتيلاً فله سلبه»[1] .

قال : (والسلب : ما كان عليه من ثيابٍ وحلي وسلاح والدابة بآلتها . وعنه : أن الدابة ليست من السلب . ونفقته ورحله وخيمته غنيمة).

أما كون ما على المقتول من الثياب من السلب فلا شبهة له فيه لدخول ذلك في مفهوم السلب .

وأما كون ما عليه من حلي وسلاح من السلب فلما روي «أن عمرو بن معد يكرب حمل على أسوار وطعنه فدق صلبه فصرعه ، فنزل إليه فقطع يديه وأخذ سوارين كانا عليه ويَلْمَق من ديباج وسيفاً ومِنطقة فسلم ذلك له»[2] .

و «بارز البراء مُرزُبان الزأرة فقتله فبلغ سواره ومنطقته ثلاثين ألفاً»[3] .

وأما كون الدابة وآلتها من السلب على المذهب ؛ فلأنهما يُستعان بها في الحرب أشبها السلب .

وأما كونهما ليست منه على روايةٍ ؛ فلأن السلب ما كان على البدن ، والدابةُ وآلتُها ليستا كذلك .

---

(١) سبق تخريجه ص: ٢٩٧.

(٢) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (٢٦٩١) ٢: ٢٥٧ كتاب الجهاد، باب النفل والسلب في الغزو والجهاد .

(٣) أخرجه عبدالرزاق في مصنفه (٩٤٦٨) ٥: ٢٣٣ كتاب الجهاد، باب السلب والمبارزة .
وأخرجه سعيد بن منصور في سننه (٢٧١٦) ٢: ٢٦٥ كتاب الجهاد، باب ما يخمس في النفل .
وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦: ٣١١ كتاب قسم الفيء والغنيمة، باب ما جاء في تخميس السلب .

وأما كون نفقته وخيمته ورحله غنيمة فلأنه ليس من الملبوس ولا مما يُستعان به في الحرب فكان غنيمة كبقية أموال الكفار .

قال : (ولا يجوز الغزو إلا بإذن الإمام[1] إلا أن يَفْجَأهم عدوٌّ يخافون كَلَبه).

أما كون الغزو بغير إذن الأمير لا يجوز إذا لم يَفجأهم العدو الموصوف بما ذُكر فلأنه إذا لم تجز المبارزة إلا بإذنه فلأن لا يجوز الغزو إلا بإذنه بطريق الأولى .

وأما كونه يجوز بغير إذنه إذا فَجأهم عدو يخافون شره وأذاه ، وهو المعني بقول المصنف رحمه الله : كَلَبه فلأن الحاجة تدعو إليه لما في التأخير من الضرر .

قال : (فإن دخل قوم لا مَنَعَة لهم دار الحرب بغير إذنه فغنموا : فغنيمتهم فيء . وعنه : هي لهم بعد الخمس . وعنه : هي لهم لا خُمُس فيها).

أما قول المصنف رحمه الله : لا منعة لهم فالمراد بها القوة والدفع ، وهي محركة الميم والنون والعين وقد تسكن نونها .

وأما كون غنيمتهم فيئاً على المذهب فلأنها : مال وُصل إليه بقوة الإسلام فكان فيئاً كما لو هربوا وتركوه .

وأما كونها بعد الخمس على رواية فلأنها : مال أُخذ بقتال وجهاد فكان كذلك كسائر الغنائم . فلا اعتبار بالقلة ؛ لأن الله تعالى قال :﴿كم من فِئَةٍ قليلةٍ غلبت فِئَة كثيرة﴾ [البقرة :٢٤٩] .

وأما كونها لهم لا خُمُس فيها فلأنهم أخذوه لا بقوة أشبه ما لو سرقوه .

قال : (ومن أخذ من دار الحرب طعاماً أو علفاً فله أكله وعلفُ دابته بغير إذن ، وليس له بيعه . فإن باعه رد ثمنه في المغنم . وإن فضل معه منه شيء فأدخله البلد رده في الغنيمة ، إلا أن يكون أسيراً فله أكله في إحدى الروايتين).

أما كون من أخذ من دار الحرب ما ذُكر له أكله فلما روى عبدالله بن أبي أوفى قال : «أصبنا طعاماً يوم خيبر ، فكان الرجل يجيء فيأخذ منه مقدار ما يكفيه ، ثم ينصرف »[2] رواه أبو داود .

---

(١) في المقنع: الأمير .

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٢٧٠٤) ٣: ٦٦ كتاب الجهاد، باب في النهي عن النهبى ...

وعن عمر «أن صاحب جيش الشام كتب إليه : إنا فتحنا أرضاً كثيرة الطعام والعلف . فكتب إليه : دع الناس يعلفون ويأكلون»[1] رواه سعيد .

وأما كونه له علف دابته فلما ذُكر في حديث عمر .

ولأن الحاجة تدعو إلى هذا ، وفي المنع منه ضرر بدوابّ الجيش .

وأما كونه ليس له بيعه فلأنه إنما أبيح أكله لفعل الصحابة و لم ينقل عنهم بيعه .

ولأنه لا حاجة في بيعه بخلاف الأكل .

وأما كونه يَرُدُّ ثمن المبيع في المغنم فلأن فيما كتب عمر : «فمن باع منهم شيئاً بذهب أو فضة ففيه خمس الله وسهام المسلمين»[2] .

وظاهر لفظ المصنف : أنه ممنوع من البيع فإذا باع صح بيعه ويرد الثمن في المغنم ؛ لأن الغرض أن لا يضيع حق الغانمين وفي رد الثمن تحصيل لذلك الغرض .

وقال القاضي : إن باعه لغير غازٍ فالبيع باطل ويرد الثمن على المشتري ؛ لأنه بيع من غير ولاية ولا نيابة ، وإن باعه لغاز بطعام أو علف من دار الحرب فليس ببيع حقيقة بل يكون كل واحد منهما أحق بما صار إليه . وإن باعه بذهب أو فضة أو غير الطعام والعلف فالمشتري أحق به لثبوت يده عليه ويجب على البائع رد الثمن لعدم انعقاد البيع .

وأما كون ما فضل معه إذا أدخله البلد وكان كثيراً يرده ؛ فلأنه إنما أخذه للحاجة وقد زالت .

ولأنه فضل[3] لما تبين أنه أخذ أكثر من حاجته .

وأما كونه له أكل اليسير في رواية فلأنه يروى عن بعض أصحاب النبي ﷺ أنه قال : «كنا نأكل الجزر في الغزو ولا نقسمه حتى إن كنا لنرجع إلى رحالنا وأخْرِجَتنا منه مملاة»[4] رواه أبو داود .

وأما كونه ليس له ذلك في رواية فبالقياس على الكثير .

---

(١) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (٢٧٥٠) ٢: ٢٧٤ كتاب الجهاد، باب ما يبيع من متاع العدو من ذهب أو فضة .

(٢) هو تكملة للحديث السابق.

(٣) سقط لفظ فضل من هـ.

(٤) أخرجه أبو داود في سننه (٢٧٠٦) ٣: ٦٦ كتاب الجهاد، باب في حمل الطعام من أرض العدو .

قال: (ومن أخذ سلاحاً فله أن يقاتل به حتى[1] تنقضي الحرب، ثم يرده. وليس له ركوب الفرس في إحدى الروايتين).

أما كون من أخذ سلاحاً له أن يقاتل به حتى تنقضي الحرب فلأن الحاجة إليه أعظم من الطعام.

ولأن شرر استعماله أقلُّ من ضرر أكل الطعام لأن عينه لا تزول بالاستعمال.

وأما كونه يرده بعد انقضاء الحرب فلزوال الحاجة.

وأما كونه ليس له ركوب الفرس في روايةٍ؛ فلقولهﷺ: «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يركب دابة من فيء المسلمين حتى إذا أعجفها ردها فيه»[2].

ولأن الغالب أن الفرس تعطب في القتال.

وأما كونه له ذلك في رواية؛ فلأنه آلة يستعان به في الحرب فكان له ذلك كالسلاح.

والأول أصح؛ لما ذُكر.

---

(١) في المقنع: يقاتل حتى.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٢٧٠٨) ٣: ٦٧ كتاب الجهاد، باب في الرجل ينتفع من الغنيمة بالشيء. عن رويفع بن ثابت الأنصاري.

باب قسمة الغنائم

الغنائم : جمع غنيمة ، وهي : مشتقة من الغنم والفضل .

والأصل فيها الكتاب والسنة .

أما الكتاب فقوله تعالى : ﴿فكلوا مما غنمتم حلالاً طيباً﴾ [الأنفال :٦٩] .

وقوله : ﴿ واعلموا أنما غنمتم . . .الآية﴾ [الأنفال :٤١] .

وأما السنة فقوله ﷺ : «أعطيت خمساً لم يعطهن أحد قبلي . ذكر منها : وأحلت لي الغنائم»[1] .

قال المصنف رحمه الله : (الغنيمة : كل مال أخذ من المشركين قهراً بالقتال . وإن أخذ منهم مالُ مسلم فأدركه صاحبه قبل قَسمه فهو أحق به ، وإن أدركه مقسوماً فهو أحق به بثمنه . وعنه : لا حق له فيه)

أما قول المصنف رحمه الله : "الغنيمة كل مال أخذ من المشركين قهراً بالقتال" ؛ فبيان لمعنى الغنيمة شرعاً .

وأما كون المسلم أحق بماله المأخوذ من المشركين إذا أدركه قبل قسم المسلمين له ؛ فلما روى ابن عمر «أن غلاماً له أبق إلى العدو ، فظهر عليه المسلمون ، فرده رسول الله ﷺ إلى ابن عمر ، ولم يقسمه»[2] .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٢٧) ١: ١٦٨ أبواب المساجد، باب قول النبي ﷺ: «جعلت لي الأرض مسجداً وطهوراً» .

وأخرجه مسلم في صحيحه (٥٢١) ١: ٣٧٠ كتاب المساجد ومواضع الصلاة، باب الصلاة في ثوب واحد وصفة لبسه .

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٩٠٣) ٣: ١١١٦ كتاب الجهاد والسير ، باب: إذا غنم المشركون مال المسلم ثم وجده المسلم .

وأخرجه أبو داود في سننه (٢٦٩٨) ٣: ٦٤ كتاب الجهاد، باب في المال يصيبه العدو من المسلمين...

وعنه قال : «ذهب له فرس ، فأخذه العدو ، فظهر عليه المسلمون فرده عليه في زمن النبي ﷺ»[1] رواهما البخاري وأبو داود .

وعن عمر رضي الله عنه : «من وجد عين ماله بعينه فهو أحق به ما لم يقسم»[2] . رواه الأثرم .

وأما كونه إذا أدركه بعد قسمه أحق به بقيمته على روايةٍ ؛ فلما روى ابن عباس «أن رجلاً وَجد بعيراً له كان المشركون أصابوه . فقال له النبي ﷺ : إن أصبته قبل القسمة فهو لك ، وإن أصبته بعد ما قُسم أخذته بالقيمة»[3] .

ولأنه لو أخذه بغير شيء لأدى إلى حرمان الآخذ حقه من الغنيمة ، ولو لم يأخذه لأدى إلى ضياع حقه فالرجوع بشرط وزن القيمة فيه جمعاً بين الحقين .

وأما كونه لا حق له فيه على روايةٍ ؛ فلما روي أن رسول الله ﷺ قال : «من أدرك ماله قبل أن يُقسم فهو له ، وإن أدركه بعد أن قسم فليس له فيه شيء»[4] .

قال : (وإن أخذه منهم أحد الرعية بثمن فصاحبه أحق به بثمنه ، وإن أخذه[5] بغير عوض فهو أحق به بغير شيءٍ).

أما كون صاحب المأخوذ بثمن أحقَّ به بثمنه ؛ فلأن آخذه حصل ذلك في يده بثمنٍ فكان صاحبه أحق به بثمنه ؛ كما لو أخذه واحد من المغنم بحقه فإن صاحبه أحق به بقيمته لما تقدم .

فإن قيل : الكلام هنا في الثمن وهناك في القيمة .

قيل : الثمن هنا نظير القيمة هناك .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٩٠٤) الموضع السابق.
وأخرجه أبو داود في سننه (٢٦٩٩) ٣: ٦٤ الموضع السابق.

(٢) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (٢٧٩٩) ٢: ٢٨٧ كتاب الجهاد، باب ما أحرزه المشركون من المسلمين ثم يفيئه الله على المسلمين .

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٩: ١١١ كتاب السير، باب من فرق بين وجوده قبل القسم وبين وجوده بعده...

(٤) ذكره الهيثمي في مجمع الزوائد وعزاه إلى الطبراني في الأوسط وقال : فيه ياسين الزيات وهو ضعيف . ٦: ٢ كتاب الجهاد، باب فيمن غلب العدو على ماله ثم وجده.

(٥) في المقنع: أخذ .

وقال المصنف رحمه الله في الكافي : حكمه حكم المقسوم على ما تقدم من الخلاف .

ويؤيد عدم الأخذ ما روى الشعبي قال : «أغار أهل ماه وأهل جلولاء على العرب فأصابوا سبايا . فكتب السائب بن الأقرع[1] إلى عمر في سبايا المسلمين ورقيقهم قد اشتراها التجار من أهل مكة . فكتب عمر : من أصاب رقيقه ومتاعه في أيدي التجار بعد ما اقتسم فلا سبيل إليه»[2] رواه سعيد بن منصور .

وأما كونه أحق به بغير شيء ممن أخذه بغير عوض فـ «لأن النبي ﷺ أخذ ناقته التي استولى عليها الكفار من التي جاءت منهزمة عليها بغير شيء»[3] . وسيأتي الحديث مفصلاً إن شاء الله تعالى .

والمراد بالأخذ بغير عوض الهبة والسرقة ونحوهما .

قال : (ويملك الكفارُ أموالَ المسلمين بالقهر . ذكره القاضي ، وقال أبو الخطاب : ظاهر كلام أحمد أنهم لا يملكونها) .

أما كون الكفار يملكون أموال المسلمين بالقهر على قول القاضي فلأن القهر سبب يملك به المسلم مال الكافر فملك الكافر مال المسلم كالبيع .

وأما كونهم لا يملكونها على ما قاله أبو الخطاب فلأن ملك المسلم معصوم بخلاف الكافر .

واحتج بعض أصحابنا على ذلك بما روي «أن قوماً أغاروا على سرح النبي ﷺ فأخذوا ناقته وجاريةً من الأنصار فأقامت عندهم أياماً . ثم خرجت في بعض الليل . قالت : فما وضعت يدي على ناقة إلا رغت حتى وضعتها على ناقة ذلول فامتطيتها . ثم توجهت إلى المدينة ونذرت إن نجاني الله عليها أن أنحرها . فلما قدمت المدينة استعرفت

---

(١) في هـ : الأكوع .

(٢) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (٢٨٠٣) ٢: ٢٨٨ كتاب الجهاد، باب ما أحرزه المشركون من المسلمين ثم يفيئه الله على المسلمين .

(٣) سيأتي ذكره وتخريجه في الحديث الآتي.

الناقة فإذا هي ناقة رسول الله ﷺ فأخذها . فقلت يا رسول الله ! إني نذرت أن أنحرها . فقال : بئس ما جازيتها . لا نذر في معصية »[1] .

وفي رواية : « لا نذر فيما لم يملك ابن آدم »[2] .

ولا دلالة فيه لأن غايته أن النبي ﷺ أخذ ناقته . والمسلم له أخذ ذلك سواء قيل بملك الكفار أموال المسلمين أو لا .

قال : (وما أخذ من دار الحرب من ركاز أو مباح له قيمة فهو غنيمة) .

أما كون المأخوذ مما ذكر غنيمة ؛ فلأنه مال حصل الاستيلاء عليه قهراً بالقتل فكان غنيمة أشبه سائر أموالهم .

وأما قول المصنف رحمه الله : من ركازٍ فلا بد أن يُلحظ فيه أن آخذه لم يقدر عليه إلا بجماعة من المسلمين ؛ لأن ما قدَر عليه بنفسه يكون له . صرح به في المغني .

قال : (وتملك الغنيمة بالاستيلاء عليها في دار الحرب ، ويجوز قسمها فيها) .

أما كون الغنيمة تملك بالاستيلاء عليها في دار الحرب ؛ فلأنهما مال مباح فمُلكت بالاستيلاء عليها كسائر المباحات .

وأما كون قسمها يجوز فيها فـ « لأن النبي ﷺ قسم غنائم بني المصطلق على مياههم ، وغنائم حنين بأوطاس وهو واد من حنين » .

ولأنهم مَلكوا الغنيمة بالاستيلاء فجاز قَسمها كما لو أحازوها إلى دار الإسلام .

قال : (وهي لمن شهد الوقْعة من أهل القتال ، قاتل أو لم يقاتل من تجار العسكر وأجرائهم الذين يستعدون للقتال . فأما المريض العاجز عن القتال ، والمخذل ، والمرجف ، والفرس الضعيف العجيف فلا حق له) .

أما كون الغنيمة لمن شهد الوقْعة من أهل القتال ؛ فلأن عمر رضي الله عنه قال : « الغنيمة لمن شهد الوقعة »[3] رواه سعيد بن منصور .

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٦٤١) ٣: ١٢٦٢ كتاب النذر، باب لا وفاء لنذر في معصية الله...
وأخرجه أبو داود في سننه (٣٣١٦) ٣: ٢٣٩ كتاب الأيمان والنذور، باب في النذر فيما لا يملك.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٣٣١٣) ٣: ٢٣٨ كتاب الأيمان والنذور، باب ما يؤمر به من الوفاء بالنذر.
وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ١٠: ٦٨ كتاب الإيمان، باب من نذر نذراً في معصية الله.

(٣) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (٢٧٩١) ٢: ٢٨٥ كتاب الجهاد، باب ما جاء فيمن يأتي بعد الفتح.

وروى مثل ذلك عن عثمان في غزوة أرمينية .

وأما كون من لم يقاتل من تجار العسكر وأُجَرائهم الذين يستعدون للقتال كمن قاتل في الغنيمة ؛ فلأن من لم يُقاتل شهد الوقعة فيدخل في قول عمر رضي الله عنه : ((الغنيمة لمن شهد الوقعة)) .

ولأنه -إذا لم يقاتل- ردء للمقاتل .

ولأنه مستعد للقتال أشبه المقاتل .

وأما كون المريض العاجز عن القتال لا حق له في الغنيمة ؛ فلأنه ليس من أهل الجهاد أشبه العبد .

وقول المصنف رحمه الله : العاجز عن القتال فيه تنبيه على أن المرض إذا لم يمنع من القتال كالصداع والحمى لا يُسقط السهم . وصرح به في المغني ؛ لأنه من أهل الجهاد فلم يسقط كالصحيح .

وأما كون المخذل والمرجف لا حق لهما في ذلك فلأن ضررهما أكثر من نفعهما .

وأما كون الفرس الضعيف العجيف لا حق له فلأنه لا نفع فيه .

ولأن الإمام يملك منعه من الدخول معه فلم يُسهم له كالمخذل والمرجف .

قال : (وإذا لحق مدد ، أو هرب أسير فأدركوا الحرب قبل تَقَضّيه أسهم لهم ، وإن جاؤوا بعد إحراز الغنيمة فلا شيء).

أما كون من ذكر يسهم لهم إذا أدركوا الحرب قبل تَقَضّيها ؛ فلأنهم شهدوا الوقعة فدخلوا في قول عمر : ((الغنيمة لمن شهد الوقعة))[1] .

وأما كونهم لا شيء لهم إذا جاؤوا بعد إحراز الغنيمة ؛ فلما روى أبو هريرة ((أن أبان بن سعد وأصحابه قدموا على رسول الله ﷺ بخيبر بعد أن فتحها . فقال أبان : اقسم لنا

⇨

وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٩: ٥٠ كتاب السير، باب الغنيمة لمن شهد الوقعة.

وأخرجه الطبراني في الكبير (٨٢٠٣) ٨: ٣٨٥ ، وذكره الهيثمي في مجمع الزوائد وقال: ورجاله رجال الصحيح. ٥: ٣٤٠.

(١) سبق تخريجه قريباً.

يا رسول الله ! فقال رسول الله ﷺ : اجلس يا أبان . و لم يقسم لـه رسـول الله ﷺ »[1] رواه أبو داود .

ولأنهم لم يشهدوا الوقعة . أشبهوا من جاء بعد القسمة .

قال : (وإذا أراد القسمة بدأ بالأسلاب فدفعها إلى أهلها ، ثم أخرج أجرة الذين جمعوا الغنيمة وحملوها وحفظوها).

أما كون الأمير إذا أراد القسمة يبدأ بالأسلاب فيدفعها إلى أهلها فلأن القاتل يستحقها غير مخموسة لما تقدم .

وأما كونه يخرج أجرة من ذكر بعد ذلك فلأنها من مصلحة الغنيمة .

قال : (ثم يخمس الباقي فيقسم خمسه على أهل الخمس خمسة أسهم : سهم لله تعالى ولرسوله ﷺ يصرف مصرف الفيء ، وسهم لذوي القربى وهم بنو هاشم وبنو المطلب حيث كانوا ، للذكر مثل حظ الأنثيين ، غنيهم وفقيرهم فيه سواء ، وسهم لليتامى الفقراء ، وسهم للمساكين ، وسهم لأبناء السبيل من المسلمين).

أما كون الأمير يُخَمّس باقي الغنيمة ويقسمه على خمسة أسهم ؛ فلقوله تعالى : ﴿واعلموا أنما غنمتم من شيءٍ فأن لله خمسه وللرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل﴾ [الأنفال : ٤١] .

فإن قيل : ينبغي أن يكون مقسوماً على ستة نظراً إلى ظاهر اللفظ .

قيل : عنه جوابان :

أحدهما : أن يكون لله وللرسول بمعنى الرسول كقوله تعالى :﴿ والله ورسوله أحق أن يرضوه ﴾ [التوبة : ٦٢] .

والثاني : أنه إنما أضيف إلى الله والرسول ليُعلم أن جهته جهة مصلحة وأنه ليس مختصاً بالنبي ﷺ .

وأما كون سهم الله ورسوله ينصرف مصرف الفيء الآتي ذكره في موضعه[1] ؛ فلأن النبي ﷺ قال : «ليس لي من الفيء إلا الخمس ، وهو مردود عليكم»[2] . ولا يكون مردوداً علينا إلا إذا صُرف في مصالحنا .

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢٧٢٣) ٣: ٧٣ كتاب الجهاد، باب فيمن جاء بعد الغنيمة لا سهم له .

وأما كون سهمٍ لذوي القربى ؛ فلما تقدم من قوله تعالى :﴿ولذي القربى﴾ [الأنفال :٤١] .

و «لأن النبي ﷺ أعطاهم»(٣) . وهو ثابت بعد موت النبي ﷺ تمسكاً بظاهر لفظ الآية ، وبإعطاء النبي ﷺ مع أنه لم يأت ناسخ ولا مغيّر .

وأما كون ذوي القربى هم بنو هاشم وبنو المطلب أبناء عبد مناف دون غيرهم ؛ فلما روى جبير بن مطعم قال : «لما قسم رسول الله ﷺ سهم ذوي القربى بين بني هاشم وبني المطلب : أتيت أنا وعثمانُ بن عفان رسول الله ﷺ . فقلنا : يا رسول الله ! أما بنو هاشم فلا ننكر فضلهم لمكانك الذي وضعك الله به منهم ، فما بال إخواننا من بني المطلب أعطيتهم وتركتنا . فقال : إنما بنو هاشم وبنو المطلب شيء واحد . وشبّك بين أصابعه»(٤) .

وفي رواية : «إنهم لم يفارقونا في جاهلية ولا إسلام»(٥) .

وأما كونهم لهم ذلك حيث كانوا ؛ فلأنه مستحق بالقرابة فوجب كونه لهم حيث كانوا كالميراث .

وأما كون ذكرهم له مثل حظ الأنثيين ؛ فلأنه مال مأخوذ بالقرابة فكان للذكر مثل حظ الأنثيين كالميراث .

وأما كون غنيهم وفقيرهم فيه سواء ؛ فلما ذكر .

ولأن النبي ﷺ لم يخص فقراء قرابته بل أعطى الغني كالعباس وغيره .

ولأن شرط الفقر ينافي ظاهر الآية .

ولأنه يؤخذ بالقرابة فاستوى فيه الغني والفقير كالإرث .

وأما كون سهمٍ لليتامى ؛ فلما تقدم من قوله تعالى :﴿واليتامى﴾ [الأنفال :٤١] .

⇨

(١) ص: ٣٢٨.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٢٦٩٤) ٣: ٦٣ كتاب الجهاد، باب في فداء الأسير بالمال .

(٣) كما سيأتي في الحديث التالي.

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه (٣٣١١) ٣: ١٢٩٠ كتاب المناقب، باب مناقب قريش.
وأخرجه أحمد في مسنده (١٦٧٨٧) ٤: ٨١ .

(٥) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦: ٣٤١ كتاب قسم الفيء والغنيمة، باب سهم ذي القربى من الخمس .

واليتامى هم الذين لا آباء لهم و لم يبلغوا الحلم .

أما كونهم لا آباء لهم فلأن اليتيم لغة من أب له .

وأما كونهم لم يبلغوا الحلم فلأن النبيﷺ قال : «لا يتم بعد احتلام»[1] .

واشترط المصنف رحمه الله فقرهم ؛ لأن اسم اليتيم يطلق في العرف للرحمة ، ومن أعطي لذلك اعتبرت فيه الحاجة .

فإن قيل : اسم اليتيم شامل لهما فوجب دخول كل يتيم في الآية لشمول اللفظ له كذوي القربى .

قيل : ذوي القربى استحقوا لقربهم من رسول اللهﷺ تكرمة لهم بخلاف اليتامى فإنهم استحقوا للرحمة فوجب اعتبار الغنى فيهم .

ويجب تعميم سهمهم أيضاً كما ذكر في ذوي القربى .

وأما كون سهمٍ للمساكين ؛ فلما تقدم من قوله تعالى :﴿والمساكين﴾ [الأنفال : ٤١] .

ويدخل فيهم الفقراء ؛ لأنهما صنف واحد في غير باب الزكاة . ويجب تعميمهم أيضاً .

وأما كون سهمٍ لابن السبيل ؛ فلما تقدم من قوله تعالى :﴿وابن السبيل﴾ [الأنفال : ٤١] .

وابن السبيل هو : المسافر المنقطع به . وقد ذكر في الزكاة . ويعطى بقدر حاجته ؛ لأن دفعه إليه لأجل الحاجة فأعطي بقدرها .

واشترط المصنف رحمه الله : أن يكون من المسلمين لأن الكافر لا مدخل له في الجهاد فكذا في الغنيمة .

قال : (ثم يعطى النفل بعد ذلك ، ويُرضخ لمن لا سهم له وهم العبيد ، والنساء والصبيان . وفي الكافر روايتان : إحداهما : يرضخ له ، والأخرى : يُسهم له).

أما كون الأمير يعطي النفل فلأن النبيﷺ كان يعطي ذلك .

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢٨٧٣) ٣: ١١٥ كتاب الوصايا، باب ما جاء متى ينقطع اليتم .

وأما كون النفل بعد الخمس وهو المعني بقول المصنف رحمه الله: بعد ذلك . فلما روى معن بن يزيد قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : «لا نفل إلا بعد الخمس»[1] رواه أبو داود .

ولأنه مال يُستحق بالتحريض على القتال فكان من أربعة أخماس الغنيمة كسهم الفارس والراجل .

وأما كونه يُرضخ لمن لا سهم له ؛ فلأن النبيﷺ كان يرضخ .

وأما كون الرضخ بعد الخمس فلأنه استُحق بحضور الوَقْعة فكان بعد الخمس كسهام الغانمين .

وفيه وجه : أنه من أصل الغنيمة .

ولأنه استحق للمعاونة في تحصيل الغنيمة أشبه أجرة الجمل .

وأما كون من يُرضخ لهم ، هم : العبيد والنساء والصبيان : أما العبيد فلما روى عمير مولى آبي اللحم قال : « شهدت خيبر مع سادتي ، فكلموا فيّ رسول الله ﷺ ، فأُخبر أني مملوك . فأمر لي بشيء مِن خُرْثِيِّ المتاع »[2] رواه أبو داود . واحتج به أحمد .

و « لأن نجدة سأل ابن عباس عن المرأة والمملوك . فقال : يُحذيان وليس لهما شيء »[3] رواه سعيد .

وأما كون النساء فلأن ابن عباس قال : « كان رسول اللهﷺ يغزو بالنساء فيداوين الجرحى ويُحْذَيْنَ من الغنيمة وأما سهم فلم يضرب لهن »[4] رواه مسلم .

وأما الصبيان فلما روي عن سعيد بن المسيب قال : « كان الصبيان يُحْذَوْن من الغنيمة إذا حضروا الغزو » .

وأما كون الكافر يُرضخ له في رواية ؛ فلأنه من غير أهل الجهاد فرضخ له كالعبيد .

وأما كونه يُسهم له في روايةٍ ؛ فلأنه حر أشبه المسلم . وهذه أصح ؛ لما ذكر .

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢٧٥٣) ٣: ٨١ كتاب الجهاد، باب في النفل من الذهب والفضة ومن أول مغنم .

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٢٧٣٠) ٣: ٧٥ كتاب الجهاد، باب في المرأة والعبد يُحْذيان من الغنمة .

(٣) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (٢٧٨٢) ٢: ٢٨٣ كتاب الجهاد، باب العبد والمرأة يحضران الفتح.

(٤) أخرجه مسلم في صحيحه (١٨١٢) ٣: ١٤٤٤ كتاب الجهاد والسير، باب النساء الغازيات يرضخ لهن ولا يسهم...

ولما روى الزهري «أن رسول اللهﷺ استعان بناس من اليهود في حربه فأسهم لهم»[1] رواه سعيد في سننه .

وروي «أن صفوان بن أمية خرج مع النبيﷺ يوم خيبر ، وهو على شركه ، فأسهم له» .

ولأن الكفر نقصٌ في الدين فلم يمنع استحقاق السهم كالفسق . وبهذا فارق الرقيق فإن نقصانه في دنياه وأحكامه .

قال : (ولا يبلغ بالرضخ للراجل سهم راجل ، ولا للفارس سهم فارس . فإن تغيّر حالهم قبل تَقَضّي الحرب أسهم لهم . وإن غزا العبد على فرس لسيده قسم للفرس ورضخ للعبد).

أما كون الرضخ لا يبلغ به ما ذكر فلأن السهم أكملُ من الرضخ فلم يبلغ بالرضخ ذلك ؛ كما لا يبلغ التعزير الحد .

وأما كون من تغيّر حاله قبل تَقَضّي الحرب يُسهم له فلأنه إنما لم يُسهم لمن لم يتغير حالهم لما فيهم من الموانع فإذا زالت وجب زوال المنع من الإعطاء .

وأما كون الفرس يسهم له فلما سيأتي .

وأما كون العبد يرضخ له فلما تقدم .

قال : (ثم يقسم باقي الغنيمة : للراجل سهم ، وللفارس ثلاثة أسهم سهم له وسهمان لفرسه ، إلا أن يكون فرسه هجيناً أو برذوناً فيكون له سهم ، وعنه : له سهمان كالعربي).

أما كون باقي الغنيمة يقسم لمن ذكر فلما يأتي . وفيه إشعار بأن باقي الغنيمة لمن ذكر ممن شهد الوقعة . وهو صحيح ؛ لأن الله تعالى لما قال : ﴿واعلموا أنما غنمتم من شيء فأن لله خمسه﴾ [الأنفال : ٤١] فُهم منه أن أربعة الأخماس لهم لأنه أضافها إليهم ثم أخذ منها سهماً لغيرهم بقي باقيها لهم ؛ كقوله سبحانه : ﴿وورثه أبواه فلأمه الثلث﴾ [النساء : ١١] .

---

(١) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (٢٧٩٠) ٢: ٢٨٤ كتاب الجهاد، باب ما جاء في سهمان النساء .
وأخرجه أبو داود في المراسيل ص: ١٦٧ كتاب الجاهد، باب ما جاء في الجهاد.

وقال عمر: «الغنيمة لمن شهد الوقعة»[1].

فإذا أخرج الأمير السلب والأجرة والنفل والرضخ لما تقدم من الدليل وجب بقاء الباقي لمن شهد لما ذكر قبل.

وأما كون الراجل له سهم، والفارس ثلاثة أسهم: سهم له وسهمان لفرسه فلأن ابن عمر رضي الله تعالى عنهم روى «أن النبيﷺ أسهم يوم خيبر للفارس ثلاثة أسهم: سهمان لفرسه وسهم له»[2] متفق عليه.

وعن خالد الحذاء قال: «لا يُختلف فيه عن النبيﷺ أنه أسهم هكذا: للفرس سهمين ولصاحبه سهما، وللراجل سهماً»[3].

وأما كون الهجين وهو الذي أبوه عربي وأمه غير عربية، والبِرْذَوْن وهو الذي أبواه غير عربيين له سهم على رواية فلما روى أبو الأقمر قال: «أغارت الخيل على الشام فأدركت العراب من يومها وأدركت الكوادن[4] ضحى الغد، وعلى الخيل رجل من همدان يقال له المنذر بن أبي حميصة. فقال: لا أجعل الذي أدركت من يومها مثل التي لم تدرك. فقال عمر: هبلت الوادعيَّ أمه أمضوها على ما قال»[5] أخرجه سعيد.

وروي أنه كتب إلى عمر: «إنا وجدنا بالعراق خيلاً عراضاً فما ترى في سهمانها؟ فكتب عمر: تلك البراذين فما قارب العناق فاجعل له سهماً واحداً وألق ما سوى ذلك».

وعن مكحول «أن رسول اللهﷺ أعطى الفرس العربي سهمين، والهجين سهماً»[6] رواه الجوزجاني.

---

(١) سبق تخريجه ص: ٣٠٧.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٣٩٨٨) ٤: ١٥٤٥ كتاب المغازي، باب غزوة خيبر.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٧٦٢) ٣: ١٣٨٣ كتاب الجهاد، باب كيفية قسمة الغنيمة بين الحاضرين.

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦: ٣٢٧ كتاب قسم الفيء والغنيمة، باب ما جاء في سهم الراجل والفارس.

(٤) هو البرذون الهجين.

(٥) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (٢٧٧٢) ٢: ٢٨٠ كتاب الجهاد، باب ما جاء في تفضيل الخيل على البراذين.

(٦) أخرجه أبو داود في المراسيل ص: ١٧٠ كتاب الجهاد، باب ما جاء في الجهاد.

وأما كون ذلك له سهمان كالعربي على رواية فلشمول اسم الفرس له .

ولأنه حيوان ذو سهم فاستوى العربي وغيره كالرجال .

والأولى أصح ؛ لما تقدم .

ولم يبين المصنف المقرف ، وهو : الذي أبوه غير عربي وأمه عربية . وحكمه حكم الهجين ؛ لمساواته له .

قال : (ولا يسهم لأكثر من فرسين ، ولا يسهم لغير الخيل . وقال الخرقي : من غزا على بعير لا يقدر على غيره قسم له ولبعيره سهمان).

أما كونه لا يسهم لأكثر من فرسين فلأنه لم ينقل عن النبيﷺ أنه أسهم لذلك .

وأما كونه لا يسهم لغير الخيل على المذهب فـ « لأن النبيﷺ لم يسهم لغير الخيل » .

ولأن غير الخيل لا يُلحق بالخيل في التأثير في الحرب والكر والفر فلم يلحق بها في السهم .

وأما كونه يسهم على قول الخرقي فلأن الله تعالى قال :﴿فما أَوْجَفْتُم عليه من خيلٍ ولا ركاب﴾ [الحشر :٦] والركاب الإبل .

ولأنه حيوان تجوز المسابقة عليه فيسهم له كالفرس .

وأما كونه لا يزاد على سهم فلأنه دون البرذون .

قال : (ومن دخل دار الحرب راجلاً ثم ملك فرساً أو استعاره أو استأجره وشهد به الوقعة فله سهم فارس . فإن دخل فارساً فنفق فرسه أو شرد حتى تَقَضّي الحرب فله سهم راجل . ومن غصب فرساً فقاتل عليه فسهم الفرس لمالكه).

أما كون من دخل دار الحرب راجلاً ثم ملك فرساً وشهد به الوقعة له سهم فارس ، ومن دخل فارساً فنفق فرسه أو شرد حتى تَقَضّي الحرب له سهم راجل فلأن العبرة باستحقاق سهم الفرس أن يشهد به الوقعة لا أن يدخل دار الحرب فارساً ؛ لأن الفرس حيوان يسهم له فاعتبر وجوده حالة القتال كالآدمي .

ويعضده قول عمر : « الغنيمة لمن شهد الوقعة »[1] .

---

(١) سبق تخريجه ص: ٣٠٧.

ولأنها الحال التي يحصل فيها الاستيلاء الذي هو سبب الملك بخلاف ما قبل ذلك .

وأما قول المصنف رحمه الله : واستعاره أو استأجره فتنبيه على أن العبرة بملك منفعة الفرس سواء كان مملوك الرقبة أو لا ؛ لأن السهم لنفع الفرس لا لذاته بدليل أنه لا يسهم للضعيف والزمن ونحوه والرقبة موجودة فيهما . ومعنى نفق فرسه مات .

وأما كون سهم الفرس المغصوب لمالكه فلأن استحقاق سهم الفرس مرتب على نفعه وهو لمالكه .

قال : (وإذا قال الإمام : من أخذ شيئاً فهو له ، أو فَضّل بعض الغانمين على بعض لم يجز في إحدى الروايتين ، ويجوز في الأخرى).

أما كون الإمام إذا قال : من أخذ شيئاً فهو له ونحو ذلك لا يجوز في روايةٍ فلما فيه من المحذور الآتي ذكره .

وأما كونه يجوز في رواية فلأن النبيﷺ قال يوم بدر : «من أخذ شيئاً فهو له»[1] .

ولأنهم غزوا على ذلك ورضوا به .

والرواية الأولى أصح ؛ «لأن النبيﷺ كان يقسم الغنائم والخلفاء بعده» .

ولأن ذلك يفضي إلى اشتغالهم بالنهب عن القتال ، وظفرِ العدو بهم فلا يجوز .

وقضية بدر منسوخة بقوله تعالى :﴿يسألونك عن الأنفال قل الأنفال لله والرسول﴾ [الأنفال : ١] .

وأما كونه إذا فضّل بعض الغانمين على بعض لا يجوز في روايةٍ فـ «لأن النبي ﷺ قسم للفارس ثلاثة أسهم وللراجل سهماً»[2] .

ولأنهم اشتركوا في الغنيمة على سبيل التسوية فتجب التسوية بينهم كسائر الشركاء .

وأما كونه يجوز في روايةٍ فلأن الإمام يجوز له أن ينفل ويعطي السلب فجاز أن يفضل بعضهم على بعض قياساً عليهما .

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦: ٣١٦ كتاب قسم الفيء والغنيمة، باب الوجه الثالث من النفل .

(٢) أخرجه الدارمي في سننه (٢٤٦٩) ٢: ١٥٦ كتاب السير، باب في سهمان الخيل.

قال: (ومن استؤجر للجهاد ممن لا يلزمه من العبيد والكفار فليس له إلا الأجرة. ومن مات بعد انقضاء الحرب فسهمه لوارثه. ويشارك الجيش سراياه فيما غنمت، ويشاركونه فيما غنم).

أما كون من استؤجر للجهاد ممن ذكر ليس له إلا الأجرة فلأن غزوه بعوض فكأنه واقع من غيره فلا يستحق شيئاً.

وروى يعلى بن أمية قال: «أذّن رسول الله ﷺ وأنا شيخ كبير ليس لي خادم فالتمست أجيراً يكفيني وأُجْري له سهمَه فوجدت رجلاً، فلما دنا الرحيل قال: ما أدري ما السهمان وما يبلغ سهمي فسمّ لي شيئاً كان السهم أو لم يكن. فسميت له ثلاثة دنانير فلما حضرت غنيمته أردت أن أجري له سهمه فذكرت الدنانير فجئت النبي ﷺ فذكرت له أمره. فقال: ما أجد له في غزوته هذه في الدنيا والآخرة إلا دنانيره التي سمى»[1] رواه أبو داود.

وقول المصنف رحمه: ممن لا يلزمه يحترز به عمن يلزمه كالأحرار المسلمين فإن في صحة استئجارهم خلافاً.

قال القاضي في قول أحمد رحمه الله: إذا استأجر الأمير قوماً يغزون هذا محمول على من لا تجب عليه لأن الغزو يتعين عليه بحضوره ومن تعين عليه أمرٌ لم يجز أن يفعله عن غيره كالحج.

وقال المصنف في المغني: يحتمل أن يحمل كلام أحمد على ظاهره في صحة الاستئجار على الغزو ولمن تتعين عليه؛ لأن رسول الله ﷺ قال: «للغازي أجره وللجاعل أجره وأجر الغازي»[2] رواه أبو داود.

وقال ﷺ: «مثل الذين يَغزون من أمتي ويأخذون الجُعْلَ يتقوَّوْن به على عدوهم مثلُ أمّ موسى ترضع ولدها وتأخذُ أجرها»[3] رواه سعيد بن منصور.

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢٥٢٧) ٣: ١٧ كتاب الجهاد، باب في الرجل يغزو بأجير ليخدم.
وأخرجه أحمد في مسنده (١٧٤٩٧) ط إحياء التراث.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٢٥٢٦) ٣: ١٦ كتاب الجهاد، باب الرخصة في أخذ الجعائل.

(٣) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (٢٣٦١) ٢: ١٤١ كتاب الجهاد، باب ما جاء في الرجل يغزو بالجعل. وأخرجه أبو داود في المراسيل ص: ١٨٢ كتاب الجهاد، باب في فضل الجهاد. من حديث جبير بن نفير.

ولأنه أمر لا يختص فاعله أن يكون من أهل القربة .

فعلى القول بصحة الإجارة لا سهم له على ظاهر كلام الإمام أحمد ؛ لما ذكر فيمن لا يلزمه .

ويحتمل أن يسهم له . اختاره الخلال لما تقدم من الحديثين قبل .

وعلى القول بالفساد يرد الأجرة إن كان أخذها وله سهمه لأن غزوه بغير عوض .

وأما كون وارث من مات بعد انقضاء الحرب يستحق سهمه فلأنه مات بعد أن ملكت الغنيمة فكان سهمه لوارثه ؛ لقوله عليه السلام : « من ترك حقاً فلورثته »[1] .

وأما كون الجيش يشارك سراياه فيما غنمت وكونها تشاركه فيما غنم فـ « لأن النبي ﷺ حين هزم هوازن أسْرَى قِبل أوْطاس سرية فقسم الغنائم بين الجميع » .

ولأن الجيش جيش واحد فلم يختص بعضهم بالغنيمة كأحد جانبي الجيش .

وشرط هذه المشاركة أن يكون الجيش قاصداً للعدو فإن كان مقيماً في البلد ومضت السرايا فلكل سرية غنيمتها « لأن النبي ﷺ بعث السرايا من المدينة ولم يشاركها أهل المدينة فيما غنمت » .

قال : (وإذا قسمت الغنيمة في أرض الحرب فتبايعوها ثم غلب عليها العدو فهي من مال المشتري في إحدى الروايتين . اختارها الخلّال وصاحبه . والأخرى من مال البائع . اختارها الخرقي).

أما كون ما بيع من ذلك من مال المشتري في الصحيح من المذهب فلأنه مال مقبوض أبيح لمشتريه التصرف فيه فكان من ضمانه كما لو اشتراه في دار الإسلام .

وأما كونه من مال البائع في روايةٍ فلأنه لم يكمُل قبضه لكونه في خطر قهر العدو فلم يضمنه المشتري كالثمر في الشجر .

وشرط كونه من مال البائع أن يكون الأخذ بغير تفريط من المشتري . فإن أخذه بتفريطه كخروجه من العسكر فهو من ضمان المشتري لأنه ذهب بتفريطه ؛ أشبه ما لو أتلفه .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٢٦٧) ٢: ٨٤٤ كتاب الاستقراض...، باب الصلاة على من ترك ديناً. بلفظ عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبيﷺ قال: « من ترك مالاً فلورثته... ».
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٦١٩) ٣: ١٢٣٧ كتاب الفرائض، باب من ترك مالاً فلورثته. بنحوه.

قال : (ومن وطئ جاريةً من المغنم أو ممن له فيها حق : أدِّب ولم يبلغ به الحد . إلا أن تلد منه فيكون عليه قيمتها ، وتصير أم ولد له ، والولد حر ثابت النسب).

أما كون الواطئ المذكور يؤدب فلأن وطئه حرام لأنه في ملكٍ مشترك .

وأما كون التأديب لا يُبلغ به الحد فلأن له فيه ملكاً أو شبه ملك وذلك يدرأ الحد .

وأما كون الواطئ عليه مهر الجارية فلأنها ليست مملوكة أشبه ما لو وطئ أمة الغير .

فإن قيل : هي مشتركة بينه وبين بقية الغانمين فيجب أن لا يكون عليه جميع المهر كما لو وطئ أمة مشتركة .

قيل : هو كذلك لكن لما كان مقدار حقه يعسر العلم به مع أنه لا ضرر عليه لكون المهر يوضع في الغنيمة فيعود حقه إليه لم يعتبر ذلك .

وأما كونه عليه قيمة الجارية إذا ولدت منه فلأنها تصير أم ولد له كما سيأتي فتجب عليه قيمتها لأنه فوّتها على الغانمين .

وأما كونها تصير أم ولد له فلأنه وطء يلحق به النسب لشبهة الملك فصارت أم ولد له أشبه وطء جارية ابنه .

وأما كون الولد حراً فلأنه من وطءٍ في ملك أو شبه ملك .

وأما كونه ثابت النسب فلأنه وطءٌ سقط فيه الحد لشبهة الملك ؛ أشبه ما لو كانت ملكه .

ولأنه وطءٌ له فيه شبهة أشبه ما لو وطئ امرأة ظنها زوجته .

قال : (ومن أعتق منهم عبداً عتق عليه قدر حقه ، وقُوّم عليه باقيه إن كان موسراً . وكذلك إن كان فيهم من يعتق عليه).

أما كون من ذكر يعتق عليه قدر حقه فلأنه عتقٌ من مالك ، وذلك يوجب العتق .

وأما كونه يقوم باقيه عليه إن كان موسراً فلأن العتق من الموسر موجب لذلك لما سيأتي في باب العتق .

وأما قول المصنف رحمه الله : وكذلك إن كان فيهم من يعتق عليه فتسوية لهذه الصورة بما ذكر قبل فيما ذكر . وهو صحيح لأن ملك من يعتق عليه بمنزلة إعتاقه له .

وظاهر كلام المصنف رحمه الله : أنه إذا أعتق بعض الغانمين أحداً من المغنم أو كان فيهم [من يعتق عليه][1] عتق قدر نصيبه سواء كان المعتق رجلاً أو امرأة أو صبياً . وقد صرح في المغني بأن الغانم إذا أعتق رجلاً من المغنم لم يعتق لأن الأسير لا يصير رقيقاً إلا باسترقاق الإمام واختاره . فعلى هذا يحمل كلام المصنف رحمه الله على من يصير رقيقاً بنفس السبي كالنساء والصبيان .

قال : (والغالّ من الغنيمة يحرق رَحْلُه كلُّه إلا المصحف والسلاح والحيوان).

أما كون الغالّ من الغنيمة . وهو : الذي يكتم ما أخذه من الغنيمة ولا يطلع الإمام عليه ولا يضعه مع الغنيمة . يحرق رحله كله غير[2] سلاحه ومصحفه وحيوانه فلما روى صالح بن محمد قال : دخلت مع سلمة أرض الروم فأُتي برجل قد غلّ فسأل سالماً عنه . فقال : سمعت أبي يحدث عن عمر بن الخطاب عن النبيﷺ قال : «إذا وجدتم الرجل قد غلّ فاحرقوا متاعه واضربوه . قال : فوجدنا في متاعه مصحفاً . فسأل سالماً عنه . فقال : بعه وتصدق بثمنه»[3] رواه أبو داود والأثرم .

وأما كونه لا يحرق سلاحه فلأن الحاجة تدعو إليه .

وأما كونه لا يحرق مصحفه فلأنه مذكور في حديث صالح .

ولأن له حرمة .

وأما كونه لا يحرق حيوانه فلأن له حرمة في نفسه .

ولأنه لا يدخل في اسم المتاع .

و «لأن النبي ﷺ نهى أن يعذب بالنار»[4] .

قال : (وما أخذ من الفدية، أو أهداه الكفار لأمير الجيش، أو بعض قواده : فهو غنيمة) .

أما كون ما أُخذ من الفدية غنيمة فلأنه عوض عما هو غنيمة فكان غنيمة لأن حكم العوَض حكم المعوّض .

---

(١) ساقط من هـ.

(٢) في هـ : غير ما.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٢٧١٣) ٣: ٦٩ كتاب الجهاد، باب في عقوبة الغال .

(٤) أخرجه أبو داود في سننه (٥٢٦٨) ٤: ٣٦٧ كتاب الأدب، باب في قتل الذر .

وأما كون ما أهداه الكفار لأمير الجيش أو بعض قواده غنيمة فلأنه يغلب على الظن إنما فعلوا ذلك خوفاً من المسلمين ؛ أشبه ما أُخذ بالقتل .

وشرط المصنف رحمه الله في الكافي أن يكون الهدية في دار الحرب . فإن كـانت في دار الإسلام فهي لمن أهديت له ؛ لأنه مال تبرع له به من غير خوف أشبه هدية المسلم .

باب حكم الأرضين المغنومة

قال المصنف رحمه الله: (وهي على ثلاثة أضرب:

أحدها: ما فتح عنوة، وهي ما أجلي عنها أهلها بالسيف، فيخير الإمام بين قسمها ووقفها على المسلمين، ويضرب عليها خراجاً مستمراً يؤخذ ممن هي في يده يكون أجرة لها. وعنه: تصير وقفاً بنفس الاستيلاء. وعنه: تقسم بين الغانمين).

أما كون الإمام يخير بين قَسم ما فتح عنوة وبين وقفه على الرواية الأولى فلأن كلا الأمرين ثبت عن رسول الله ﷺ فروي «أنه قسم نصف خيبر ووقف نصفها»[1].

و «وقف مكة»[2]، و «وقف الشام والعراق عمر»[3] وأقره على ذلك علماء عصره. وقد تقدم ذكره في موضعه.

ولأن عمر قال: «لولا آخر الناس لقسمت الأرض كما قسم النبي ﷺ خيبر»[4].

فوقف مع علمه بقسم النبي ﷺ.

---

(١) لم أقف عليه. وقد ذكر مالك في موطئه أن رسول الله ﷺ صالح يهدو فدك على نصف الثمر ونصف الأرض. الموطأ ٢: ٦٨١.

(٢) عن علقمة بن نضلة قال: «توفي رسول الله ﷺ وأبو بكر وعمر وما تدعى رباع مكة إلا السوائب. من احتاج سكن ومن استغنى أسكن». أخرجه ابن ماجة في سننه (٣٠٩٨) كتاب المناسك.

(٣) أخرج أبو عبيد في الأموال (١٥٢) عن حارثة بن مضرب عن عمر «أنه أراد أن يقسم السواد بين المسلمين فأمر أن يحصوا. فوجد الرجل يصيبه ثلاثة من الفلاحين. فشاور في ذلك. فقال له علي بن أبي طالب: دعهم يكونون مادة للمسلمين فتركهم».

وأخرج (١٥٢) عن عبدالله بن قيس -أو ابن أبي قيس- الهمداني قال: «قدم عمر الجابية. فأراد أن قسم الأرض ين المسلمين. فقال له معاذ: والله! ليكونَنّ ما نكره، إنك إن قسمتها صار الربع العظيم في أيدي القوم، ثم يُبيدون، فيصير ذلك إلى الرجل الواحد أو المرأة، ثم يأتي من بعدهم قوم يسدون من الإسلام مسدا، وهم لا يجدون شيئا. فانظر أمرا يسع أولهم وآخرهم». ص: ٦١ كتاب فتوح الأرضين صلحا، باب: فتح الأرض تؤخذ عنوة.

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٢٠٩) ٢: ٨٢٣ كتاب المزارعة، باب أوقاف أصحاب النبي ﷺ...

فعلى هذا إن قسمها لم يضرب عليها خراجاً ؛ لأنها ملك أربابها فلم يكن عليهم فيها شيء كالغنائم المنقولة ، وإن وقفها ضرب عليها خراجاً يؤخذ ممن هي في يده ؛ لأن عمر فعل ذلك وقد تقدم ذكره في موضعه .

وأما كون ما ذكر يصير وقفاً بنفس الاستيلاء على الرواية الثانية فلأن ذلك أنفع للمسلمين ولذلك قيل لعمر في أرض الشام : «إن قسمتها ربما صار ريع الكل للبيت الواحدة»[1] .

وأما كونها تقسم بين الغانمين على الرواية الثالثة فلأن الله تعالى قال : ﴿واعلموا أنما غنمتم من شيء . . . الآية﴾ [الأنفال :٤١] ولم يفرق بين المنقول وغيره .

ولأن كل سبب يملك به ما ينقل يملك به ما لا ينقل . دليله البيع .

وأما قول المصنف رحمه الله : وهي ما أجلي عنها أهلها بالسيف ؛ فبيان لمعنى ما فتح عنوة شرعاً .

قال : (الثاني : ما جلا عنها أهلها خوفاً فتصير وقفاً بنفس الظهور عليها . وعنه : حكمها حكم العُنوة).

أما كون الأرض التي خلى عنها أهلها خوفاً تصير وقفاً بنفس الظهور على الرواية الأولى فلأنها ليست غنيمة فتقسم . وإذا كان كذلك تعين صيرورتها وقفاً بنفس الظهور لأنه إذا امتنعت القسمة امتنعت الخيرة لأن القسمة أحد شطريها وهي ممتنعة وإذا امتنعت الخيرة تعين صيرورتها وقفاً .

وأما كون حكمها حكم ما فتح عنوة على الرواية الثانية فلأنها مال ظهر عليه المسلمون بقوتهم فوجب أن يكون حكمه حكم ما فتح عنوة قياساً لأحد الحكمين على الآخر .

فعلى هذه الرواية يكون فيما جلى أهلها عنها خوفاً روايات ثلاث كما فيما فتح عنوة ودليلها ما مر .

---

(١) سبق تخريجه قبل قليل.

قال: (الثالث: ما صولحوا عليه، وهو ضربان: أحدهما أن نصالحهم على أن الأرض لنا ونقرها معهم بالخراج. فهذه تصير وقفاً أيضاً.

الثاني: أن نصالحهم على أنها لهم ولنا الخراج عنها. فهذه ملك لهم خراجها كالجزية إن أسلموا سقط عنهم، وإن انتقلت إلى مسلم فلا خراج عليه. ويقرون فيها بغير جزية لأنهم في غير دار الإسلام بخلاف التي قبلها).

أما كون ما صولح الكفار عليه على ضربين فلأنه تارة يكون لنا وتارة يكون لهم.

وأما كون الأرض التي صولحوا عليها على أنها لنا تصير وقفاً وتقر معهم بالخراج فلأن ذلك شبيه بفعل عمر في أرض السواد فوجب كونها وقفاً مقراً في يد من هي في يده بالخراج كأرض السواد.

وأما كونها ملكاً لهم إذا صولحوا على ذلك فلأن الصلح يجب الوفاء به.

وأما كون خراج ذلك يسقط عنهم إذا أسلموا فلأن الخراج هنا بمعنى الجزية.

وأما كونه لا خراج على المسلم إذا انتقلت الأرض المذكورة إليه فلأنه خراج قصد بوضعه الصَّغار فوجب سقوطه بالإسلام كالجزية.

وأما كون من صولح على أن الأرض لهم يقر فيها بغير جزية فلما ذكر المصنف رحمه الله من أنهم في غير دار الإسلام.

وقوله: بخلاف التي قبلها إشارة إلى الفرق بين هذه وبين التي قبلها وهي ما إذا صالحناهم على أن الأرض لنا.

وفُهم من قوله: بخلاف التي قبلها أنهم لا يقرون في الأرض التي صولحوا على أنها لنا إلا بجزية وهو صحيح لأن الدار دار إسلام فلا بد فيها من التزام الجزية.

قال: (والمرجع في الخراج والجزية إلى اجتهاد الإمام في الزيادة والنقصان على قدر الطاقة. وعنه: يرجع إلى ما ضربه عمر رضي الله عنه لا يزاد ولا ينقص. وعنه: تجوز الزيادة دون النقص. قال أحمد وأبو عبيد: أعلى وأصح حديث في أرض السواد حديث عمرو بن ميمون يعني: «أن عمر وضع على كل جريب درهماً وقفيزاً»[1]. وقدر القفيز ثمانية أرطال بالمكي فيكون ستة عشر رطلاً بالعراقي، والجريب عشر قصبات في عشر قصبات والقصبة ستة أذرع وهو ذراع وسط وقبضة وإبهام قائمة).

أما كون المرجع في تقدير الخراج في الجزية إلى اجتهاد الإمام على المذهب فلأن ذلك مصروف في المصالح وذلك مفوض إلى اجتهاد الإمام صرفاً فكذا قبضاً.

وأما كونه يرجع إلى ما ضربه عمر رضي الله عنه لا يزاد عليه ولا ينقص عنه على روايةٍ فلأن عمر رضي الله عنه ضربه بمحضر من الصحابة فكان إجماعاً.

ولأن عمر لما ضربه لم يغيره أحد من الخلفاء الراشدين بعده.

وأما كون الزيادة تجوز دون النقص على رواية فلأن الإمام ناظر في مصلحة كافة الناس وذلك يقتضي الزيادة دون النقص.

وأما قول المصنف رحمه الله: قال أحمد ... إلى آخره؛ فتنبيه على أن أصح ما روي عن عمر في أرض السواد حديث عمرو بن ميمون، وإشعار بأنه قد روي عنه في ذلك غيره وهو صحيح؛ لأن عمر روى عنه عمرو بن ميمون «أنه وضع على كل جريب درهماً وقفيزاً»[2].

وروى عنه أبو عبيد «أنه بعث عثمان بن حنيف لمساحة أرض السواد فضرب على جريب الزيتون اثني عشر درهماً، وعلى جريب الكرم عشرة دراهم، وعلى جريب النخل ثمانية دراهم، وعلى جريب الرطبة ستة دراهم، وعلى جريب الحنطة أربعة دراهم، وعلى جريب الشعير درهمين»[3].

وأما كون حديث عمرو أصح؛ فلما ذكر الإمام أحمد وأبو عبيد.

---

(١) أخرجه أبو عبيد في الأموال (١٠٥) ص: ٤٣ كتاب سنن الفيء، باب: فرض الجزية ومبلغها...

(٢) سبق تخريجه في الحديث السابق.

(٣) أخرجه أبو عبيد في الأموال (١٧٢) ص: ٦٩ كتاب فتوح الأرضين صلحا، باب: أرض العنوة تقر في أيدي أهلها.

وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٩: ١٣٦ كتاب السير، باب قدر الخراج الذي وضع على السواد.

ولأنه يروى عن النبي ﷺ أنه قال: «مَنعت العراق قفيزها ودرهمها»[1]. على معنى ستمنع. وهو من الأمور التي أخبر بها النبي ﷺ قبل وقوعها.

وأما قول المصنف رحمه الله :وقدر القفيز ثمانية أرطال يعني بالمكي فيكون ستة عشر رطلاً بالعراقي فبيانٌ لمعنى قدر القفيز. والمنقول في ذلك عن الإمام أحمد أنه ثمانية أرطال.

وقال القاضي: يعني بالمكي فيكون ستة عشر رطلاً بالعراقي.

وقال بعض أصحابنا: ثلاثون رطلاً.

وأما قوله: والجريب عشر قصبات في عشر قصبات والقصبة ستة أذرع وهو ذراع وسط وقبضة وإبهام قائمة: فبيان لمعنى الجريب والقصبة والذراع.

قال: (وما لا يناله الماء مما لا يمكن زرعه لا خراج عليه، فإن أمكن زرعه عاماً بعد عام وجب نصف خراجه في كل عام).

أما كون ما لا يناله الماء مما لا يمكن زرعه لا خراج عليه فلأن الخراج في مقابلة الانتفاع حقيقة أو مظنة وكلاهما مفقود هاهنا.

وأما كون ما يمكن زرعه عاماً بعد عام يجب نصف خراجه في كل عام فلأن نفعه على النصف فيكون خراجه كذلك ضرورةَ كونه في مقابلته.

قال: (والخراج على المالك دون المستأجر، وهو كالدين يحبس به الموسر وينظر المعسر).

أما كون الخراج على المالك دون المستأجر فلأنه على الرقبة وهي للمالك دون المستأجر.

وأما كونه كالدين يحبس به الموسر وينظر المعسر فلأنه حق عليه أشبه الدين.

ولأنه مساو له معنى فكذا يجب أن يكون حكماً.

قال: (ومن عجز عن عمارة أرضه أجبر على إجارتها أو رفع يده عنها).

أما كون من عجز عن عمارة أرضه يجبر في الجملة فلأنه لو لم يجبر لأدى ذلك إلى ضياع حق أرباب الخراج وفي ذلك ضرر عليهم وتفويت لحقهم وذلك لا يجوز.

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٠٣٥) ٣: ١٦٦ كتاب الخراج والإمارة والفيء، باب في إيقاف أرض السواد وأرض العنوة.

وأما كونه يجبر على الإجارة أو رفع يده فلأن الغرض تحصيل أحدهما فلا معنى للتعيين .

قال : (ويجوز له أن يرشو العامل ويهدي له ليدفع عنه الظلم في خراجه، ولا يجوز له ذلك ليدع له منه شيئاً ، وإن رأى[1] المصلحة في إسقاط الخراج عن إنسان جاز).

أما كون مَن عليه خراج يجوز له أن يرشو العامل ويهدي له ليدفع عنه الظلم في خراجه فلأن به حاجة إلى دفع الظلم عنه فإذا لم يندفع إلا بالرشوة أو الهدية جاز ذلك دفعاً للضرر .

وأما كونه لا يجوز له ذلك ليدع له من خراجه شيئاً فلأنه رشوة لإبطال حَقٍّ أشبه رشوة الحاكم ليحكم له بغير الحق .

وأما كون الإمام يجوز له إسقاط الخراج عن إنسان إذا رأى المصلحة في ذلك فلأن الإمام يجوز له فعل ما فيه المصلحة فإذا تضمن ذلك مصلحة جاز كما لو رأى المصلحة في المنّ على العدو .

(١) في المقنع: وإن رأى الإمام .

باب الفيء

الفيء في اللغة : الراجع . يقال : فاء الفيء إذا رجع نحو المشرق .

وفي الشرع : عبارة عما يذكره المصنف رحمه الله بعد إن شاء الله تعالى . وفي الحقيقة يطلق على الغنيمة وبالعكس . وإنما خص كل واحد منهما باسم ليتميز به عن صاحبه .

والأصل في الفيء قوله تعالى :﴿وما أفاء الله على رسوله منهم فما أوْجَفْتم عليه من خيل ولا ركابٍ . . . الآية﴾ [الحشر:٦] .

قال المصنف رحمه الله: **(وهو : ما أخذ من مال مشرك بغير قتال كالجزية والخراج والعشر ، وما تركوه فزعاً . وخمس خمس الغنيمة ومال من مات لا وارث له فيصرف في المصالح . ويبدأ بالأهم فالأهم من سد الثغور وكفاية أهلها وما يحتاج إليه من يدفع عن المسلمين . ثم الأهم فالأهم من سد البثوق وكري الأنهار وعمل القناطر وأرزاق القضاة وغير ذلك).**

أما قول المصنف رحمه الله : وهو ما أخذ من مال مشرك بغير قتال فبيان لمعنى الفيء شرعاً ليتميز عن غيره .

وأما قوله : كالجزية ... إلى لا وارث له ؛ فتمثيل وتعداد لصور أموال الفيء ولأماكنه .

وأما كونه يصرف في المصالح فلأن نفعها عام والحاجة داعية إلى ذلك ، ودفع الكفار هو المقصود الأعظم فيبدأ به ، وقد يقدم على غيره .

وأما كونه يبدأ بعد ذلك بالأهم فالأهم من سد البثوق وهي ما انخرق مما تدعو الحاجة إلى سده ، وكري الأنهار وعمل القناطر والمساجد والطرقات وأرزاق القضاة والعلماء والأئمة والمؤذنين ونحو ذلك مما للمسلمين فيه نفع فلأن ذلك من المصالح العامة فقدمت على سائر الناس الآتي ذكرهم بعد .

قال: (ولا يخمس. وقال الخرقي: يخمس فيصرف خمسه إلى أهل الخمس وباقيه للمصالح).

أما كون الفيء لا يخمس وهو المنقول عن الإمام أحمد فلأن الله تعالى قال: ﴿وما أفاء الله على رسوله منهم فما أوجفتم عليه من خيلٍ ولا ركاب... الآيات﴾ [الحشر:٦] جعله كله لجميع المسلمين. ولذلك لما قرأها عمر قال: «هذه استوعبت المسلمين. ولئن عشت ليأتين الراعي بسرو حمير نصيبه منها لم يعرق فيه جبينه»[١].

وأما كونه يخمس على قول الخرقي فلأن الله تعالى لما قال: ﴿ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى فلله وللرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل كي لا يكون دُولةً بين الأغنياء منكم﴾ [الحشر:٧] اقتضى أن يكون جميعها لهؤلاء الأصناف وهم أهل الخمس والآية المتقدمة وما جاء عن عمر وغيره يدل على اشتراك جميع المسلمين فيه فوجب الجمع بينهما كي لا تتناقض الآية والأخبار وتتعارض. وفي إيجاب الخمس جمعاً بينهما وتوفيق فإن خمسه لمن ذكر في الآية وسائره مصروف إلى من في الخبر.

ولأنه مال مشرك مظهور عليه فوجب أن يخمس كالغنيمة والركاز.

وروى البراء بن عازب قال: «لقيت خالي ومعه الراية. فقلت: إلى أين؟ فقال: بعثني رسول الله ﷺ إلى رجل عرس بامرأة أبيه أضرب عنقه وأخمس ماله»[٢].

فعلى هذا يصرف إلى أهل الخمس لأن المسمى في الآيتين واحد وباقيه للمصالح لما ذكر من الجمع.

والأول المذهب حملاً للفظ الآية الأولى على عمومه؛ وعملاً بقول عمر رضي الله عنه. والآية الأخرى تحمل على خمس الغنيمة.

قال القاضي: لم أجد بما قال الخرقي عن أحمد نصاً فأحكيه. وإنما نص على أنه غير مخموس.

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦: ٣٥١ كتاب قسم الفيء والغنيمة، باب ما جاء في قول أمير المومنين عمر رضي الله عنه...

وأخرجه الشافعي في مسنده عن مالك بن أوس عن عمر (٤١٨) ٢: ١٣٠ كتاب الجهاد. نحوه.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى عن معاوية بن قرة عن أبيه «أن النبي ﷺ بعث أباه جد معاوية إلى رجل عرس بامرأة أبيه فأمره فضرب عنقه وخمس ماله» ٨: ٢٠٨ كتاب المرتد، باب مال المرتد إذا مات أو قتل على الردة.

قال: (وإن فضل منه فضلٌ قُسم بين المسلمين. ويبدأ بالمهاجرين، ويقدم الأقرب فالأقرب من رسول الله ﷺ، ثم الأنصار، ثم سائر المسلمين. وهل يفاضل بينهم؟ على روايتين).

أما كون ما فضل من الفيء بعد ما تقدم ذكره من سد الثغور وما يتعلق بها وسد البثوق وما ذكر معها يقسم بين المسلمين فلما تقدم من الآية وقول عمر رضي الله عنه.

وأما كونه يبدأ بالمهاجرين ويقدم الأقرب فالأقرب من رسول الله ﷺ فـ «لأن عمر لما قدِم عليه أبو هريرة بثمانمائة ألف درهم أرسل إلى نفر من أصحاب رسول الله ﷺ فقال لهم: قد جاء الناس مال لم يأتهم مثله منذ كان الإسلام، أشيروا عليّ بمن أبدأ؟ قالوا: يا أمير المؤمنين! بك. إنك ولي ذلك. قال: لا. ولكن أبدأ برسول الله ﷺ الأقرب فالأقرب»[1].

وأما كونه يقدم الأنصار بعدهم فلسابقتهم وآثارهم الجميلة.

وأما كون ما بقي لسائر المسلمين فليحصل التعميم بالدفع.

وأما كون من تقدم ذكرهم لا يفاضل بينهم على روايةٍ فلأن أبا بكر الصديق سوى بينهم[2].

ولأن الغنائم تقسم بين من حضر بالسوية فكذا الفيء.

وأما كونهم يفاضل بينهم على روايةٍ «فلأن عمر رضي الله عنه قسم بينهم على السوابق، وقال: لا أجعل من قاتل على الإسلام كمن قوتل عليه».

و «لأن النبي ﷺ قسم النفل بين أهله متفاضلاً». وهذا في معناه.

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦: ٣٦٤ كتاب قسم الفيء والغنيمة، باب إعطاء الفيء على الديوان ومن يقع به البداية.

(٢) أخرج أبو عبيد في الأموال (٦٤٨) ص: ٢٤٤ باب: التسوية بين الناس في الفيء. عن يزيد بن أبي حبيب؛ «أن أبا بكر قسم بين الناس قسما واحدا، فكان ذلك نصف دينار لكل إنسان».

قال : (ومن مات بعد حلول وقت العطاء دُفع إلى ورثته حقه . ومن مات من أجناد المسلمين دفع إلى امرأته وأولاده[1] الصغار كفايتهم ، فإذا بلغ ذكورهم فاختاروا أن يكونوا في المقاتلة فرض لهم ، وإن لم يختاروا تركوا).

أما كون من مات بعد حلول وقت العطاء يدفع إلى ورثته حقه فلأن صاحب الحق مات بعد استحقاقه ذلك فانتقل إلى ورثته كسائر الموروثات .

وأما كون من مات من أجناد المسلمين يدفع إلى امرأته وأولاده الصغار كفايتهم فلما فيه من تطييب قلوب المجاهدين ؛ لأنهم متى علموا أن عيالهم يُكفون المؤنة بعد موتهم توفروا على الجهاد .

وأما كونه يفرض لمن بلغ من ذكورهم إذا اختاروا أن يكونوا في المقاتلة فلأنهم أهل لذلك ففرض لهم كآبائهم .

وأما كونهم يتركون إذا لم يختاروا ذلك فلأن الإنسان البالغ لا يجبر على خلاف مراده إلا لواجب عليه ، ودخولهم في ديوان المقاتلة غير واجب .

(١) في هـ : وأولاد .

باب الأمان

الأمان جائز بالكتاب والسنة: أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿فأَجِرْه حتى يسمع كلام الله﴾ [التوبة: ٦].

وأما السنة فما روى علي رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه قال: «ذمة المسلمين واحدة يسعى بها أدناهم»[١] رواه البخاري.

قال المصنف رحمه الله: (**يصح أمان المسلم المكلف ذكراً كان أو أنثى، حراً أو عبداً، مطلقاً أو أسيراً. وفي أمان الصبي المميز روايتان**).

أما كون أمان المسلم المكلف الذكر يصح فلما تقدم من قوله ﷺ: «ذمة المسلمين واحدة... الحديث».

وأما كونه يصح من الأنثى فلدخولها في ذلك.

ولما روي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: «إن كانت المرأة لَتُجِير على المسلمين فيجوز»[٢].

وأما كونه يصح من العبد فلقوله ﷺ: «يسعى بها أدناهم»[٣].

ولما روى فضيل بن يزيد الرقاشي قال: «جهّز عمر رضي الله عنه جيشاً فحصرنا موضعاً فرأينا أنا سنفتحها اليوم وجعلنا نقبل ونروح فبقي عبد منا فراطنهم وراطنوه. فكتب لهم الأمان في صحيفة وشدها على سهم ورمى بها إليهم فأخذوها وخرجوا. فكتب بذلك إلى عمر رضي الله عنه فقال: العبد المسلم رجل من المسلمين يجوز أمانه»[٤] رواه سعيد.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٦٣٧٤) ٦: ٢٤٨٢ كتاب الفرائض، باب إثم من تبرأ من مواليه.

(٢) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (٢٦١١) ٢: ٢٣٤ كتاب الجهاد، باب المرأة تجير على القوم.

(٣) سبق تخريجه قريبا.

(٤) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (٢٦٠٨) ٢: ٢٣٣ كتاب الجهاد، باب ما جاء في أمان العبد.

ولأنه مسلم مكلف فصح أمانه كالحر .

وأما كونه يصح من الأسير فلأن لفظ الحديث يشمله .

ولأنه مسلم عاقل أشبه البالغ .

وأما كونه لا يصح منه في رواية فلأن القلم رفع عنه .

ولأنه لا يلزمه بقوله حكم فلأن لا يلزم غيره بطريق الأولى .

وفي قول المصنف رحمه الله : يصح أمان المسلم المكلف إشعار بأنه لا يصح أمان كافر ولا مجنون ولا صبي . وصرح في الكافي بذلك .

أما كونه لا يصح أمان كافر فلأنه ليس منا فلا يدخل في الحديث المتقدم .

ولأنه متهم في الدين فلم يقبل أمانه لمكان التهمة .

وأما كونه لا يصح أمان مجنون فلأنه لا قول له .

وأما الصبي فإن كان طفلاً فلا يصح أمانه لعدم اعتبار قوله ، وإن كان مميزاً ففيه روايتان تقدم ذكرهما .

ويشترط أن لا يكون معطي الأمان مكرهاً ؛ لأن قول المكرَه لا يترتب عليه حكم شرعي . ولم يذكره المصنف رحمه الله للعلم به وعادة الأصحاب يشترطونه في الأسير[1] . ولم يشترطه المصنف رحمه الله فيه لأن الحر المطلق لو أكره على الأمان لم يصح فلا حاجة إلى اختصاص الأسير به وإنما ذكره الأصحاب نظراً إلى المظنة بخلاف المطلق .

قال : (ويصح أمان الإمام لجميع المشركين، وأمان الأمير لمن جعل بإزائه ، وأمان أحد الرعية للواحد والعشرة والقافلة).

أما كون أمان الإمام يصح لجميع المشركين فلأن له الولاية على جميع المسلمين .

وأما كون أمان الأمير يصح لمن جعل بإزائه فإن له الولاية على من بإزائه دون غيره فاختص به .

⇦

وأخرجه عبدالرزاق (٩٤٠٢) ٥: ٢٢٢ كتاب الجهاد، باب: الجوار، وجوار العبد والمرأة.

وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٩: ٩٤ كتاب السير ، باب: أمان العبد .

(١) في هـ : وأعاده الأصحاب بشرط كونه في الأسير.

وأما كون أمان أحد الرعية يصح كما ذكره المصنف رحمه الله فلعموم الحديث .

فعلى هذا لا يصح أمانه لأهل بلدة كبيرة ولا رستاق وجمع كبير ونحو ذلك لأنه يفضي إلى تعطيل الجهاد والافتيات على الإمام .

قال : (ومن قال لكافر : أنت آمن ، أو لا بأس عليك ، أو أجرتك ، أو وقف ، أو ألق سلاحك ، أو مَتَرْس فقد أمّنه).

أما كون من قال لكافر : أنت آمن فقد أمنه فلأن النبيﷺ قال يوم فتح مكة : «من دخل دار أبي سفيان فهو آمن»[1] .

وأما كون من قال له : لا بأس عليك فقد أمّنه ؛ «فلأن عمر رضي الله عنه لما قال للهرمزان : لا بأس عليك . قالت الصحابة رضوان الله عليهم : قد أمنته فلا سبيل لك عليه»[2] رواه سعيد .

وأما كون من قال له : أجرتك فقد أمنه فلأن النبيﷺ قال لأم هانئ رضي الله عنها : «قد أجرنا من أجرت»[3] .

وأما كون من قال له : قف أو ألق سلاحك فقد أمنه فلأن الكافر يعتقده أماناً أشبه قوله : لا بأس عليك .

وأما كون من قال له مترس فقد أمنه فلأن عبدالله بن مسعود رضي الله عنه قال : «إن الله يعلم كل إنسان ، فمن أتى منكم أعجمياً ، فقال : مَتَرْس فقد أمنه»[4] .

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٧٨٠) ٣: ١٤٠٦ كتاب الجهاد والسير، باب فتح مكة.

(٢) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (٢٦٧٠) ٢: ٢٥٢ كتاب الجهاد، باب قتل الأسارى والنهي عن المثلة .

وأخرجه الشافعي في مسنده (٤٠٣) ٢: ١٢٠ كتاب الجهاد . كلاهما من حديث أنس .

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٣٥٠) ١: ١٤١ أبواب الصلاة في الثياب، باب الصلاة في الثوب الواحد ملتحفاً به .

وأخرجه مسلم في صحيحه (٣٣٦) ١: ٤٩٨ كتاب صلاة المسافرين وقصرها، باب استحباب صلاة الضحى...

وأخرجه سعيد بن منصور في سننه (٢٦١٢) ٢: ٢٣٤ كتاب الجهاد، باب المرأة تجير على القوم .

(٤) إنما هو عن عمر، وقد ذكره البخاري تعليقاً عنه : «إذا قال مَتَرْس فقد آمنه، إن الله يعلم الألسنة كلها» . ٣: ١١٥٨ كتاب الجزية ، باب إذا قالوا صبأنا و لم يحسنوا أسلمنا .

⇦

وليس الأمان مقيداً بما ذكره المصنف رحمه الله بل يحصل بكل ما يدل عليه من قول وغيره .

وأما كونه يحصل بالقول فظاهر .

وأما كونه يحصل بغيره كالإشارة ونحوها فلأن عمر رضي الله عنه قال : «لو أن أحدكم أشار بأصبعه إلى السماء إلى مشرك ، فنزل إليه فقتله لقتلته به»[1] .

قال : (ومن جاء بمشرك فادعى أنه أمنه فأنكره فالقول قوله . وعنه : قول الأسير . وعنه : قول من يدل الحال على صدقه).

أما كون القول قول المسلم في هذه الصورة على الرواية الأولى فلأن الأصل معه ؛ لأن الأصل إباحة دم الحربي وعدم الأمان .

وأما كون القول قول الأسير على الرواية الثانية فلأن صدقه محتمل فيكون قوله شبهة في حقن دمه .

وأما كون القول قول من يدل الحال على صدقه على الرواية الثالثة فلأنها قرينة دالة على الصدق فعلى هذا إن كان الأسير ذا قوة ومعه سلاحه فالظاهر صدقه وإن كان ضعيفاً مسلوباً سلاحه فالظاهر كذبه .

قال : (ومن أعطي أماناً ليفتح حصناً ففتحه واشتبه علينا فيهم حرم قتلهم واسترقاقهم ، وقال أبو بكر : يخرج واحد بالقرعة ويسترق الباقون).

كما لو أعتق عبداً من عنده ثم أشكل .

⇨

وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى موصولاً من حديث أبي وائل، قال: « جاءنا كتاب عمر : وإذا قال الرجل للرجل: لا تخف فقد آمنه، وإذا قال مَتَرْس فقد آمنه، فإن الله يعلم الألسنة » ٩: ٩٦ كتاب السير، باب كيف الأمان .

وقد أخرجه سعيد بن منصور في سننه (٢٥٩٩) و (٢٦٠٠) ٢: ٢٣٠ كتاب الجهاد، باب الإشارة إلى المشركين والوفاء بالعهد .

وأخرجه عبدالرزاق في مصنفه (٩٤٢٩) ٥: ٢١٩ كتاب الجهاد، باب دعاء العدو .

(١) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (٢٥٩٧) ٢: ٢٢٩ كتاب الجهاد، باب الإشارة إلى المشركين والوفاء بالعهد .

قال: (ويجوز عقد الأمان للرسول والمستأمَن ويقيمون مدة الهدنة بغير جزية، وقال أبو الخطاب: لا يقيمون سنة واحدة إلا بجزية).

أما كون الأمان يجوز للرسول والمستأمن فلأن الحاجة قد تدعو إلى ذلك.

وأما كونهم يقيمون مدة الهدنة بغير جزية على الأول وهو ظاهر كلام أحمد وقول القاضي فلأنهم لما جاز أمانهم دون السنة بغير جزية جاز فيما زاد عليها بخلاف أهل الذمة.

وأما كونه لا يجوز على قول أبي الخطاب فلعموم قوله تعالى ﴿حتى يعطوا الجزية عن يَدٍ وهم صاغرون﴾ [التوبة: ٢٩].

قال: (ومن دخل دار الإسلام بغير أمان فادعى أنه رسول أو تاجر ومعه متاع يبيعه قُبل منه. وإن كان جاسوساً خُير الإمام فيه كالأسير. وإن كان ممن ضل عن الطريق أو حملته الريح في مركب إلينا فهو لمن أخذه. وعنه: يكون فيئاً للمسلمين).

أما كون قول من دخل دار الإسلام فادعى أنه رسول أو تاجر ومعه متاع يُقبل فلأن ما ادعاه ممكن فيكون شبهة في درء القتل فلأنه يتعذر عليه إقامة البينة على ذلك.

وأما قول المصنف رحمه الله: ومعه متاع فشرط في قبول قوله أنه تاجر لأنه إذا لم يكن معه ذلك لم يحتمل صدقه.

وقوله: قُبل منه فيه إشعار بأنه لا يتعرض إليه. صرح بذلك هو وغيره من الأصحاب. أما الرسول «فلأن النبيﷺ قال لرسولي مُسَيْلمة: لولا أن الرسول لا يقتل لقتلتكما»[1] رواه أبو داود.

وأما التاجر فلأنه إذا جاء بماله ولا سلاح معه دل على قصد الأمان.

ولم يشترط المصنف رحمه الله هنا أن تكون العادة جارية بذلك لما ذكر من قصده الأمان. واشترطه في الكافي وصرح به غيره من الأصحاب لأن العادة جارية مجرى الشرط. فإذا لم تكن عادة ولم يدخل بأمان وجب بقاؤه على ما كان عليه من عدم العصمة.

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢٧٦١) ٣: ٨٣ كتاب الجهاد، باب في الرسل.
وأخرجه أحمد في مسنده (٣٨٥١) ١: ٤٠٦ كلاهما عن ابن مسعود.

وأما كون الإمام يخير في الجاسوس كالأسير فلأنه كافر قصد نكاية المسلمين فخير الإمام فيه بعد القدرة عليه كالأسير .

وأما كون المأخوذ ممن ذكر لمن أخذه على المذهب فلأنه مباح ظهر عليه بغير جهاد فكان لآخذه كمباحات دار الإسلام .

وأما كونه يكون فيئاً على روايةٍ فلأنه مال مشترك ظهر عليه بغير قتال أشبه ما تركوه فزعاً وهربوا .

قال : (وإذا أودع المستأمن ماله مسلماً أو أقرضه إياه ثم عاد إلى دار الحرب بقي الأمان في ماله ويُبعث إليه إن طلبه ، وإن مات فهو لوارثه . فإن لم يكن له وارث فهو فيء).

أما كون الأمان يبقى في مال المستأمن إذا تركه عندنا وعاد هو إلى دار الحرب فلأن الموجِب للنقض دخول دار الحرب فانتقض فيما دخل دون غيره .

فإن قيل : الأمان ثبت في المال تبعاً فإذا بطل في المتبوع بطل في التابع .

قيل : لا نسلم أن الأمان ثبت في المال تبعاً بل ثبت فيهما جميعاً فإذا بطل في أحدهما بقي في الآخر . وعلى تقدير التسليم يجوز حكم التبع وإن زال في المتبوع لأن أم الولد يثبت لولدها حكم الاستيلاد تبعاً لها ويبقى حكمه له بعد موتها .

وأما كونه يُبعث إليه إن طلبه فلأنه ملكه .

وأما كونه لوارثه إذا مات فلأن من ثبت له حق على وجه مخصوص انتقل إلى وارثه على صفته من تأجيل ورهن وضمين فكذا هذا .

وأما كونه فيئاً إذا لم يكن له وارث فلأن أهل الذمة إذا ماتوا ولا وارث لهم يكون مالهم فيئاً فكذلك هذا .

قال : (وإن أسر الكفار مسلماً فأطلقوه بشرط أن يقيم عندهم لزمه الوفاء لهم ، وإن لم يشترطوا شيئاً ، أو شرطوا كونه رقيقاً فله أن يقتل ويسرق ويهرب).

أما كون المسلم يلزمه الوفاء لهم إذا شرط ما ذكر ؛ فلقولهﷺ : «المسلمون على شروطهم»[1] .

---

(١) سبق تخريجه ص: ٢٩٢.

ولأنهم أطلقوه على ذلك فلزمه الوفاء به وفاءً بشرطه .

وأما كونه له أن يقتل ويسرق ويهرب إذا لم يشترطوا شيئاً أو شرطوا كون المسلم رقيقاً فلأنه لم يصدر منه ما يثبت به الأمان .

قال : (وإن أطلقوه بشرط أن يبعث إليهم مالاً ، فإن عجز عنه عاد إليهم لزمه الوفاء إلا أن يكون امرأة فلا ترجع إليهم . وقال الخرقي : لا يرجع الرجل أيضاً).

أما كون الرجل المسلم إذا شرط ما ذكر يلزمه الوفاء على المذهب فلما تقدم ذكره .

وأما كونه لا يرجع على قول الخرقي فبالقياس على المرأة .

وأما كون المرأة لا ترجع قولا واحداً فـ «لأن النبي ﷺ لما صالح أهل الحديبية على رد من جاءه منعه الله رد النساء»[1] .

ولأن في رجوعها تسليطاً على وطئها حراماً فلم يجز .

---

(١) عن المسور بن مخرمة «أن أم كلثوم بنت عُقبة بن أبي مُعيط كانت ممن خرج إلى رسول الله ﷺ يومئذ وهي عاتق فجاء أهلها يسألون النبي ﷺ أن يرجعها إليهم فلم يرجعها إليهم لما أنزل الله فيهن: ﴿إذا جاءكم المؤمنات مهاجرات فامتحنوهن الله أعلم بإيمانهن﴾».

أخرجه البخاري في صحيحه (٢٥٦٤) ٢: ٩٦٥ كتاب الشروط، باب ما يجوز من الشروط في الإسلام والأحكام والمبايعة .

باب الهدنة

مشتقة من قولهم تهادن الأمر إذا استقام ، وهدنت المرأة صبيها بالكلام إذا أرادت أن ينام . والأصل فيها الكتاب والسنة والمعنى .

أما الكتاب فقوله تعالى : ﴿فأتموا إليهم عهدهم إلى مدتهم﴾ [التوبة : ٤] .

وأما السنة ففعل رسول الله ﷺ روي «أنه صالح قريشاً عشر سنين»[١] .

وأما المعنى فلأنه قد يكون بالمسلمين ضعف فيهادن[٢] حتى يقووا .

قال : (ولا يصح عقد الهدنة والذمة إلا من الإمام أو نائبه . فمتى رأى المصلحة في عقد الهدنة جاز له عقدها مدة معلومة وإن طالت . وعنه : لا يجوز في أكثر من عشر سنين . فإن زاد على عشر بطل في الزيادة . وفي العشر وجهان) .

أما كون عقد الهدنة والذمة لا يصح من غير الإمام أو نائبه فلأن ذلك يتعلق بنظر واجتهاد ومصلحة للمسلمين وليس غير الإمام ونائبه محلاً لذلك لعدم ولايته عليهم .

ولأن عقد الهدنة قد يكون مع جملة الكفار وليس لأحد من المسلمين إعطاء الأمان لأكثر من القافلة والحصن الصغير لأن في تجويزه افتياتاً على الإمام وتعطيل الجهاد[٣] .

وأما كون عقدها يصح منهما : أما من الإمام فلما تقدم من فعل النبي ﷺ .

وأما من نائبه فلأنه نائب عنه ومُنَزّل منزلته .

وأما ما يشترط لذلك فأمور :

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه مطولاً في قصة الحديبية من غير ذكر المدة (٢٥١٨) ٢: ٩٧٤ كتاب الشروط، باب الشروط في الجهاد...

وأخرجه أبو داود في سننه (٢٧٦٦) ٣: ٨٦ كتاب الجهاد، باب في صلح العدو .

قال البيهقي: والمحفوظ أن المدة كانت عشر سنين . تلخيص الحبير ٤: ١٣٠ .

(٢) في هـ: فيهادنوا .

(٣) في هـ للجهاد .

أحدها : أن يكون في العقد مصلحة للمسلمين لأن ما لا مصلحة للمسلمين فيه لا يجوز للإمام فعله كسائر الأمور التي لا مصلحة فيها .

وثانيها : كون المدة مقدرة لما يأتي .

وثالثها : كون التقدير معلوماً لأن ما وجب أن يكون مقدراً وجب أن يكون معلوماً كخيار الشرط .

ورابعها : هل يتقدر بالعَشر ؟ فيه روايتان :

إحداهما : لا يتقدر لأنها تجوز في أقل من عشر فجازت في أكثره كمدة الإجارة .

ولأن أصل الهدنة إنما جازت للمصلحة فإذا تضمنت الزيادة على العشر المصلحة جازت تحصيلاً للمصلحة .

والثانية : يتقدر بالعشر ؛ لأن قوله تعالى :﴿فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم﴾ [التوبة :٥] عام خص منه مدة العشر لصلح النبيﷺ قريشاً[1] فيبقى ما زاد على ذلك على مقتضى الدليل .

فعلى قولنا لا يصح إذا عقدها على أكثر من عشر سنين بطل فيما زاد عليها .

وفي العشر وجهان مبنيان على تفريق الصفقة .

قال : (وإن هادنهم مطلقاً لم يصح . وإن شرط شرطاً فاسداً كنقضها متى شاء ، ورد النساء إليهم أو صداقهن أو سلاحهم ، وإدخالهم الحرم بطل الشرط . وفي العقد وجهان).

أما كون الهدنة لا تصح مطلقاً فلأن إطلاق ذلك يقتضي التأبيد وذلك يفضي إلى ترك الجهاد .

وأما كون شرط النقض متى شاء يبطل فلأنه ينافي مقتضى العقد .

ولأنه عقد مؤقت فكان تعليقه على المشيئة باطلاً كالإجارة .

وأما كون شرط رد النساء المسلمات يبطل فلقوله :﴿فلا تَرجعوهن إلى الكفار﴾ [الممتحنة :١٠] .

ولقوله ﷺ : «إن الله قد منع الصلح في النساء» .

(١) ر الحديث السابق .

ولأنه لا يؤمن أن تزوج بمشرك فيصيبها أو تفتتن في دينها .

وأما كون شرط رد صداقهن يبطل فلأن بضع المرأة لا يدخل في الأمان .

فإن قيل : فقد رد النبي ﷺ المهر .

قيل : لأنه شرط رد النساء وكان شرطاً صحيحاً ثم نسخ فوجب رد البدل لصحة الشرط بخلاف حكم من بعده فإن رد النساء نسخ فلم يبق صحيحاً .

وأما كون شرط رد السلاح يبطل فلأنه يصير لهم به قوة .

وأما كون شرط إدخالهم الحرم يبطل فلقوله تعالى :﴿إنما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا﴾ [التوبة :٢٨] .

وأما كون العقد إذا شرط فيه شيء من ذلك أو شبهه يبطل ففيه وجهان مبنيان على الشروط الفاسدة في البيع . وسيأتي دليل ذلك في موضعه .

قال : (وإن شرط رد من جاء من الرجال مسلماً جاز ، ولا يمنعهم أخذه ، ولا يجبره على ذلك . وله أن يأمره بقتالهم ، والفرار منهم).

أما كون شرط رد من جاء من الرجال مسلماً يجوز فلأن النبي ﷺ فعل ذلك[1] .

وأما كون الإمام لا يمنعهم أخذه «فلأن أبا بصير جاء إلى النبي ﷺ في صلح الحديبية فجاء الكفار في طلبه فقال النبي ﷺ : إنا لا يصلح في ديننا الغدر ، وقد علمت ما عاهدنا عليه ، ولعل الله أن يجعل لك فرجاً ومخرجاً . فرجع معهم . فقتل أحدَهم ورجع النبي ﷺ»[2] . فلم يلمه.

وأما كونه لا يجبره على ذلك فلأن النبي ﷺ لم يجبر أبا بصير .

وأما كونه له أن يأمره بقتالهم والفرار منهم فلأنه رجوع إلى باطل فكان له الأمر بعدمه كالزوجة التي سمعت طلاقها بأذنها .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه في قصة الحديبية وفيه : «فقال سهيل: وعلى أنه لا يأتيك منا رجل، وإن كان على دينك إلا رددته إلينا» . (٢٥٨١) ٢: ٩٧٤ كتاب الشروط، باب الشروط في الجهاد...

(٢) ر تخريج الحديث السابق.

قال: (وعلى الإمام حماية من هادنهم من المسلمين دون غيرهم. وإن سباهم كفار آخرون لم يجز لنا شراءهم. وإن خاف نقض العهد منهم نبذ إليهم عهدهم).

أما كون الإمام عليه حماية من هادنه من المسلمين فلأنه أمّنهم ممن هو في قبضته وتحت يده.

وأما كونه ليس عليه حمايتهم من غير المسلمين فلأن الهدنة التزام الكف عنهم فقط.

وقول المصنف رحمه الله: دون غيرهم يوهم دخول أهل الذمة فيمن لا يجب حمايتهم منه لأنهم دون المسلمين وليس مراده ذلك. وإنما ترك ذكر أهل الذمة لظهوره لأنه إذا وجب حمايتهم فلأن يجب من أهل الذمة بطريق الأولى.

وأما كون شرائهم لنا لا يجوز إذا سباهم كفار آخرون فلأنهم في عهدنا فلم يجز أن يتملك ما سبي منهم؛ كأهل الذمة.

وأما كون الإمام ينبذ إليهم عهدهم إذا خاف نقض العهد منهم فلقوله تعالى: ﴿وإما تَخافنّ من قومٍ خيانةً فانبذ إليهم على سواء إن الله لا يحب الخائنين﴾ [الأنفال: ٥٨]. يعني أعلمهم حيث تصير أنت وهم سواء في العلم.

باب عقد الذمة

عقدُ الذمة : إقرار بعض الكفار على كفرهم إذا بذلوا الجزية بشرطه . وسيبين مفصلاً إن شاء الله تعالى .

قال المصنف رحمه الله : (لا يجوز عقدها إلا لأهل الكتاب ، وهم : اليهود والنصارى ومن يوافقهم في التدين بالتوراة والإنجيل كالسامرة ، والفرنج ، ومن له شبهة كتاب وهم المجوس . وعنه : يجوز عقدها لجميع الكفار إلا عبدة الأوثان من العرب).

أما كون عقد الذمة لا يجوز لغير أهل الكتاب ومن له شبهة كتاب على المذهب فلأن الله تعالى قيد قتال الذين كفروا مُغيّىً إلى إعطاء الجزية بأهل الكتاب فلو لم يكن ذلك مختصاً بأهل الكتاب لم يكن في التقييد فائدة .

ولأن قوله تعالى : ﴿فاقتلوا المشركين﴾ [التوبة :٥] عام في كل مشرك خرج منه أهل الكتاب لقوله من أهل الكتاب[1] ، والمجوس للخبر فيبقى فيما عداهما على مقتضى الدليل .

وأما كونه يجوز لجميع الكفار إلا عبدة الأوثان من العرب على روايةٍ ؛ فلما روى الزهري «أن رسول الله ﷺ صالح عبدة الأوثان على الجزية إلا من كان من العرب»[2] .

والأول أولى ؛ لما ذكر .

ولأن غير الكتابي والمجوس لا يدل عليه القرآن ولا هو في معنى ما دل عليه لأن كفرهم أغلظ من كفر أهل الكتاب .

وأما ما روى الزهري[1] .

---

(١) في هـ : من الكتاب ، بإسقاط لفظ أهل.

(٢) لم أقف عليه هكذا . وقد روى أبو عبيد في الأموال عن الحسن قال: «أمر رسول الله ﷺ أن يقاتل العرب على الإسلام ولا يقبل منهم غيره، وأمر أن يقاتل أهل الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون». (٦٢) ٣٠ باب أخذ الجزية من عرب أهل الكتاب.

وأما كون عقدها يجوز لأهل الكتاب فبالكتاب والسنة والإجماع .

أما الكتاب فقوله تعالى : ﴿قاتلوا الذين لا يؤمنون -إلى قوله :- من الذين أوتوا الكتاب﴾ [التوبة :٢٩] .

وأما السنة «فقول النبي ﷺ لمعاذ حين وجهه إلى اليمن : فادعهم إلى الإسلام ، فإن أبوا فادعهم إلى إعطاء الجزية ، فإن أجابوك فاقبل منهم»[٢] .

وأما الإجماع فأجمع المسلمون على جواز عقدها لأهل الكتاب .

وأما قول المصنف : وهم اليهود والنصارى ومن يوافقهم في التديّن بالتوراة والإنجيل كالسامرة والفرنج فبيانٌ للمراد من أهل الكتاب . قال الله تعالى : ﴿أن تقولوا إنما أنزل الكتاب على طائفتين من قبلنا﴾ [الأنعام :١٥٦] والمراد ما ذكر .

وأما كون عقدها يجوز لمن له شبهة كتاب وهم المجوس ؛ فلما روى عبدالرحمن بن عوف رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال : «سُنوا بهم سُنة أهل الكتاب»[٣] .

وعنه أنه قال : «أن رسول الله ﷺ أخذها من مجوس هجر»[٤] .

قال : (فأما الصابئي فينظر فيه فإن انتسب إلى أحد الكتابين فهو من أهله ، وإلا فلا).

أما كون الصابئي الذي انتسب إلى أحد الكتابين من أهل ذلك الكتاب فلأنه إذا انتسب إلى أحد الكتابين شارك أهله في ذلك الكتاب فيدخل فيما تقدم .

وأما كون الذي لم ينتسب إلى ذلك كمن يقول أن الفلك حي ناطق ، وأن الكواكب السبعة آلهة ليس من أهل الكتاب فلأنه مساوٍ لعبدة الأوثان في عدم انتسابه إلى كتاب فوجب أن لا يكون من أهله كعبدة الأوثان .

⇦

(١) بياض في هـ مقدار أربع كلمات .

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه (١٧٣١) ٣: ١٣٥٧ كتاب الجهاد والسير، باب تأمير الإمام الأمراء على البعوث...

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٩: ١٨٩ كتاب الجزية، باب المجوس أهل كتاب والجزية تؤخذ منهم . وأخرجه أبو عبيد في الأموال (٧٨) ص: ٣٥ باب أخذ الجزية من المجوس.

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٩٨٧) ٣: ١١٥١ أبواب الجزية والموادعة، باب الجزية والموادعة مع أهل الذمة والحرب .

قال : (ومن تهوّد ، أو تنصّر بعد بعث نبينا محمدﷺ ، أو ولد بين أبوين لا تقبل الجزية من أحدهما فعلى وجهين).

أما كون من تهوّد أو تنصّر بعد بعث نبيناﷺ تقبل منه الجزية على وجهٍ فلعموم النصوص المتقدم ذكرها .

وأما كونه لا يقبل منه على وجهٍ فلأنه انتقل إلى دين باطل .

وأما كون من ولد بين أبوين لا تقبل الجزية من أحدهما تقبل على وجهٍ فلما ذكر قبل .

وأما كونه لا تقبل منه على وجه فلأنه تعارض فيه القبول وعدم القبول فرجع إلى الأصل .

قال : (ولا تؤخذ الجزية من نصارى بني تغلب ، وتؤخذ الزكاة من أموالهم مثلَيْ ما يؤخذ من المسلمين ، ويؤخذ ذلك من نسائهم وصبيانهم ومجانينهم . ومصرفه مصرف الجزية . وقال الخرقي : مصرف الزكاة . ولا يؤخذ ذلك من كتابي غيرهم . وقال القاضي : تؤخذ من نصارى العرب ويهودهم).

أما كون الجزية لا تؤخذ من نصارى بني تغلب فلما روي «أن عمر دعاهم إلى بذل الجزية فأبو وأنفوا ، وقالوا : نحن عرب . خذ منا كما يأخذ بعضكم من بعض باسم الصدقة . فقال عمر : لا آخذ من مشرك صدقة . فلحق بعضهم بالروم . فقال النعمان بن زرعة : يا أمير المؤمنين ! إن القوم لهم بأس وشدة ، وهم عرب يأنفون من الجزية ، فلا تُعِنْ عليك عدوك بهم ، وخذ منهم الجزية باسم الصدقة . فبعث عمر في طلبهم وردهم»[1] .

وأما كون الزكاة تؤخذ من أموالهم مثلَيْ ما يؤخذ من المسلمين فلأن تكملة حديث عمر المتقدم ذكره : «وضعّف عليهم من الإبل من كل خمس شاتين ، ومن ثلاثين بقرة تبيعين ، ومن كل عشرين ديناراً دينارا ، ومن كل مائتي درهم عشر دراهم ، ومما سقت السماء الخمس ، وفيما سقي بنضح أو عرب أو دولاب العشر» .

---

(١) أخرج نحوه أبو عبيد في الأموال (٧١) ص: ٣٢ كتاب سنن الفيء، باب أخذ الجزية من عرب أهل الكتاب .

واستقر ذلك من قول عمر ولم يخالف غيره من الصحابة فكان إجماعاً .

وأما كون ذلك يؤخذ من نسائهم وصبيانهم ومجانينهم فلأن حكم المأخوذ منهم حكم الزكاة ، والزكاة تؤخذ في جميع هذه الصور فكذا يؤخذ منهم فيما هو ملحق بها .

وأما كون مصرف المأخوذ منهم مصرف الجزية على قول غير الخرقي فلأنه مأخوذ من مشرك .

ولأنه جزية مسماة بالصدقة ، ولذلك قال عمر : «هؤلاء حمقى رضوا بالمعنى وأبوا الاسم» .

وأما كون مصرفه مصرف الزكاة على قول الخرقي فلأنه مسمى باسم الصدقة مسلوك به فيمن يؤخذ منه مسالك الصدقة فيكون مصرفه مصرفها .

قال المصنف رحمه الله في المغني : الأول أقيس لأن المعنى أخص من الاسم . ولأنه لو كان صدقة على الحقيقة لجاز دفعه إلى فقراء من أخذت منهم كصدقات المسلمين .

وأما كون ذلك لا يؤخذ من كتابي غيرهم على المذهب فلأن قوله تعالى : ﴿من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية﴾ [التوبة :٢٩] ، وقوله عليه السلام لمعاذ : «خذ من كل حالم ديناراً»[1] عامٌّ في كل كتاب خرج منها نصارى بني تغلب لفعل عمر وإجماع الصحابة عليه فيبقى فيما عداه على مقتضاه .

و «لأن النبي ﷺ قبل الجزية من أهل نجران»[2] وكانوا نصارى .

و «أخذها من أكيدر دومة»[3] وهو عربي.

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٠٣٨) ٣: ١٦٧ كتاب الخراج والإمارة والفيء، باب في أخذ الجزية .
وأخرجه الترمذي في جامعه (٦٢٣) ٣: ٢٠ كتاب الزكاة، باب ما جاء في زكاة البقر .
وأخرجه النسائي في سننه (٢٤٥٢) ٥: ٢٦ كتاب الزكاة، باب زكاة البقر .

(٢) أخرجه أبو داود في سننه عن ابن عباس قال: «صالح رسول الله ﷺ أهل نجران على ألفي حلة النصف في صفر والبقية في رجب يؤدونها إلى المسلمين وعارية ثلاثين درعاً وثلاثين فرساً وثلاثين بعيراً وثلاثين من كل صنف من أصناف السلاح يغزون بها والمسلمون ضامنون لها حتى يردوها عليهم إن كان باليمن كيد أو غدرة على أن لا تهدم لهم بيعة ولا يخرج لهم قس ولا يفتنوا عن دينهم ما لم يحدثوا حدثاً أو يأكلوا الربا» . (٣٠٤١) ٣: ١٦٧ كتاب الخراج والإمارة والفيء، باب في أخذ الجزية .

(٣) أخرج أبو داود في سننه عن أنس بن مالك وعن عثمان بن أبي سليمان «أن النبي ﷺ بعث خالد بن الوليد إلى أُكَيْدر دومة فأُخِذ فأتوه به فحقن له دمه وصالحه على الجزية» . (٣٠٣٧) ٣: ١٦٦ كتاب الخراج والإمارة والفيء، باب في أخذ الجزية .

وأما كونها تؤخذ من نصارى العرب ويهودهم على قول القاضي فلأنهم من العرب أشبهوا بني تغلب .

قال : (ولا جزية على صبي ولا امرأة ولا مجنون ولا زمِنٍ ولا أعمى ولا عبدٍ ولا فقير يعجز عنها).

أما كون الصبي لا جزية عليه فلأن قوله عليه السلام : «خذ من كل حالم»[1] يدل بمفهومه على أنه لا يؤخذ من صبي .

ولأن عمر كتب إلى أمراء الأجناد «أن اضربوا الجزية ولا تضربوها على النساء والصبيان»[2] رواه سعيد وأبو عبيد والأثرم .

وأما كون المرأة لا جزية عليها فلما تقدم من قول عمر .

وأما كون الزمِنِ والأعمى لا جزية عليهما فلأنهما محقونان الدم أشبها الصبي والمرأة . وفي معناه من راهبٍ وشيخ فانٍ وشبههما .

وأما كون العبد لا جزية عليه فلقوله عليه السلام : «لا جزية على العبد»[3] .

وعن ابن عمر مثله .

ولأنه مال فلم تجب عليه الجزية كسائر الحيوانات .

ولأنه محقون الدم أشبه الصبي .

وأما كون الفقير لا جزية عليه فلقوله تعالى :﴿لا يكلف الله نفساً إلا وسعها﴾ [البقرة :٢٨٦] .

ولأنه مال يجب بحول الحول فلم يلزم الفقير كالزكاة والعقل .

---

(١) سبق تخريجه قريباً .

(٢) أخرج البيهقي في السنن الكبرى عن أسلم عن عمر رضي الله عنه «أنه كتب إلى أمراء أهل الجزية أن لا يضربوا الجزية إلا على من جرت عليه المواسي قال: وكان لا يضرب الجزية على النساء والصبيان» ٩: ١٩٨ كتاب الجزية، باب من يرفع عنه الجزية .
وأخرج أبو عبيد في الأموال عن قتادة عن أبي مجلز «أن عمر بعث عمار بن ياسر، وعبدالله بن مسعود، وعثمان بن حنيف إلى أهل الكوفة، فوضع عثمان على أهل الرؤوس : على كل رجل أربعة وعشرين درهما كل سنة وعطل من ذلك النساء والصبيان . ثم كتب بذلك إلى عمر فأجازه» . (١٠٢) ص: ٤٢ كتاب سنن الفيء، باب فرض الجزية .

(٣) قال ابن حجر: روي مرفوعاً ، وموقوفاً على عمر، ليس له أصل . اهـ تلخيص الحبير ٤: ١٢٣ .

واشترط المصنف رحمه الله في الفقير العجز عن الأداء لأنه هو الذي يتعذر عليه وتشمله الآية فلو كان لا يعجز عنها ولو بصنعة وجبت عليه لأنه في حكم الأغنياء .

قال : (ومن بلغ أو أفاق أو استغنى فهو من أهلها بالعقد الأول ، ويؤخذ منه آخر الحول بقدر ما أدرك).

أما كون من بلغ أو أفاق أو استغنى من أهل الجزية بالعقد الأول فلأنه لم يأت عن النبي ﷺ ولا أصحابه تجديد عقد لصبي بلغ ولا مجنون أفاق ولا فقير استغنى .

ولأن العقد يكون مع سادة أهل البلدة فيدخل فيه سائرهم فكذا هؤلاء .

وأما كون من ذكر يؤخذ منه في آخر الحول بقدر ما أدرك فلأن الجزية للسنة .

فعلى هذا من وجد منه ما ذكر في أول السنة أخذ في آخرها كل الجزية ، ولو وجد في نصفها أخذ نصفها ، وعلى هذا بالحساب، ولا يترك حتى يتم حولاً من حين وجد سببه لأنه يحتاج إلى إفراده بحول ، وضبط حول كل إنسان يؤخذ منه يشق ويتعذر .

قال : (ومن كان يجن ويفيق لفقت إفاقته فإذا بلغت حولاً أخذت منه ، ويحتمل أن يؤخذ منه في آخر كل حول بقدر إفاقته منه).

أما كون من ذكر تلفق إفاقته فلأنه أمكن من غير مشقة .

وأما كون من بلغت إفاقته حولاً تؤخذ منه الجزية حينئذ على المذهب فلأن حوله لا يكْمل إلا حينئذ .

وأما كونه يحتمل أن يؤخذ منه في آخر كل حول بقدر إفاقته منه فلأن الجزية تؤخذ في كل حول فوجب الأخذ منه بحسابه .

قال : (وتقسم الجزية فيجعل على الغني ثمانية وأربعون درهماً ، وعلى المتوسط أربعة وعشرون ، وعلى الفقير اثنا عشر . والغني منهم من عدّه الناس غنياً في ظاهر المذهب).

أما كون الجزية تقسم بين أهل الكتاب فيجعل ثمانية وأربعون درهماً على الغني ، وأربعة وعشرون على المتوسط ، واثنا عشر على الفقير فلأن عمر رضي الله عنه هكذا فعل[1] بمحضر من الصحابة و لم ينكر عليه فكان إجماعاً .

فإن قيل : فقد روي أن النبي ﷺ قال لمعاذ لما وجهه إلى اليمن : «خذ من كل حالم ديناراً»[2] .

قيل : الجواب عنه من وجهين :

أحدهما : أن الفقر كان فيهم أغلب . ولذلك يروى عن مجاهد أنه قيل له : ما شأن أهل الشام عليهم أربعة دنانير وأهل اليمن عليهم دينار؟ قال : ذلك من أجل اليسار .

وثانيهما : أن الجزية يرجع فيها إلى اجتهاد الإمام وكان الدينار في ذلك الزمان اجتهاد إمامه والأربعة اجتهاد إمام زمنها .

وأما كون الغني من عدّه الناس غنياً في ظاهر المذهب فلأن المقادير توقيفية ولا توقيف في ذلك فوجب رده إلى العرف كالحِرز والقبض .

وفي قول المصنف رحمه الله : في ظاهر المذهب إشعار بأن فيه خلافاً وهو صحيح لأن فيه ثلاث روايات :

إحداها : ما تقدم .

وثانيها : أن من ملك نصاباً فهو غني قياساً على المسلم .

وثالثها : أن ملك عشرة آلاف ديناراً فهو غني لأن من ملك دون ذلك لا يعد في بعض البلاد غنياً .

والأول أصح ؛ لما ذكر .

---

(١) أخرجه أبو عبيد في الأموال عن حارثة بن المضرب (١٠٣) ص: ٤٢ ، وعن محمد بن عبدالله الثقفي (١٠٤) ص: ٤٣ كتاب سنن الفيء، باب فرض الجزية .

(٢) سبق تخريجه ص: ٣٤٦.

ولأن العرف يختلف بالنسبة إلى البلدان فوجب اعتباره لئلا يحكم بغنى شخص وهو فقير عند أهل بلده .

قال : (ومتى بذلوا الواجب عليهم لزم قبوله ، وحرم قتالهم . ومن أسلم بعد الحول سقطت عنه الجزية . وإن مات أخذت من تركته . وقال القاضي : تسقط).

أما كون من بذل الواجب يلزم قبوله فلأن النبي ﷺ قال لمعاذ : « ادعهم إلى أداء الجزية فإن أجابوك فاقبل منهم وكف عنهم »[1] .

وأما كونه يحرم قتالهم فلقوله تعالى :﴿قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله –إلى قوله :– حتى يعطوا الجزية﴾ [التوبة :٢٩] جعل إعطاء الجزية غاية لقتالهم . فمتى بذلوا الجزية حرم قتالهم لذلك ، ولما تقدم من الحديث .

وأما كون من أسلم بعد الحول سقط عنه الجزية فلأن الله تعالى قال : ﴿قُل للذين كفروا إن ينتهوا يُغفر لهم ما قد سلف﴾ [الأنفال :٣٨] .

وروى ابن عباس عن النبي ﷺ أنه قال : « ليس على المسلم جزية »[2] رواه الخلال .

وروي عن عمر أنه قال : « إن أخذها في كفه ثم أسلم يردها عليه » .

وعن النبي ﷺ : « لا ينبغي لمسلم أن يؤدي الخراج » يعني الجزية .

ولأن الجزية صَغار ولا تجب عليه كالمسلم .

ولأنها وجبت بسبب الكفر فوجب أن يُسقطها الإسلام كالقتل .

وأما كون من مات تؤخذ الجزية من تركته على المذهب فلأن الجزية دَين وجب عليه في حياته فلم تسقط بموته كدين الآدمي .

وأما كونها تسقط على قول القاضي فلأن الجزية عقوبة فسقطت بالموت كالحد .

والأول أولى ؛ لما ذكر . والحد إنما يسقط لفوات محله وتعذر استيفائه بخلاف هذا .

---

(١) سبق تخريجه ص: ٣٤٤.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٣٠٥٣) ٣: ١٧١ كتاب الخراج، باب في الذمي يسلم في بعض السنة هل عليه جزية؟ .

وأخرجه الترمذي في جامعه (٦٣٣) ٣: ٢٧ كتاب الزكاة، باب ما جاء ليس على المسلمين جزية .

وأخرجه أحمد في مسنده عنه (١٩٤٩) ١: ٢٢٣ . وأخرجه عن جرير (٢٥٧٧) ١: ٢٨٥ .

وأخرجه أبو عبيد في الأموال عن قابوس بن أبي ظبيان عن أبيه (١٢١) ص: ٤٩ كتاب سنن الفيء، باب الجزية على من أسلم من أهل الذمة .

قال: (وإن اجتمعت عليه جزية سنين استوفيت كلها. وتؤخذ الجزية في آخر الحول. ويمتهنون عند أخذها، ويطال قيامهم وتجر أيديهم).

أما كون الجزية إذا اجتمعت تستوفى كلها فلأنها دَين فإذا اجتمعت استوفيت كلها كديون الآدمي.

ولأنها حق مال يجب في آخر كل حول فلم تتداخل كالدية.

وأما كون الجزية تؤخذ في آخر الحول فلأنها مال يتكرر بتكرار الحول فوجب أخذها في آخر الحول لا في أوله كالدية.

فإن قيل: فالله تعالى قال: ﴿حتى يعطوا الجزية﴾ [التوبة: ٢٩] أمر بالقتال إلى أن يعطوا الجزية فينبغي أن يجب بأول الحول.

قيل: المراد الالتزام. بدليل أنه يحرم قتلهم بمجرد البذل قبل الأخذ.

وأما كونهم يمتهنون عند أخذ الجزية ويطال قيامهم وتجر أيديهم فلأن الله تعالى قال: ﴿حتى يُعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون﴾ [التوبة: ٢٩].

فإن قيل: الامتهان المذكور هل هو مستحق أو مستحب؟

قيل: فيه خلاف. ويتفرع عليه عدم جواز التوكيل إن قيل هو مستحق لأن العقوبة لا يدخلها النيابة. وكذا عدم صحة ضمان الجزية لأن البراءة تحصل بأداء الضامن فتفوت الإهانة. وإن قيل هو مستحب انعكست الأحكام المذكورة.

قال: (ويجوز أن يُشترط عليهم ضيافة من يمر بهم من المسلمين، وتبين أيام الضيافة وقدر الطعام والإدام والعلف وعدد من يضاف، ولا تجب عليهم من غير شرط. وقيل: تجب).

أما كون اشتراط الضيافة المذكورة على أهل الكتاب تجوز فلأن النبي ﷺ روي عنه «أنه ضرب على نصارى أيلة ثلاثمائة دينار وكانوا ثلاثمائة نفس وأن يضيفوا من يمر بهم من المسلمين»[1].

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٩: ١٩٤ كتاب الجزية، باب كم الجزية.

وروى الأحنف بن قيس «أن عمر شرط على أهل الذمة ضيافة يوم وليلة»[1] رواه أحمد .

وروي عن عمر «أنه قضى على أهل الذمة ضيافة ثلاثة أيام وعلف دوابهم وما يصلحهم»[2] .

ولأن الاشتراط ضرب من المصلحة لأنهم ربما امتنعوا من مبايعة المسلمين إضراراً بهم فإذا اشترطت عليهم الضيافة أمن ذلك .

وأما كون أيام الضيافة وقدر الطعام والإدام والعلف وعدد من يضاف يبين فلأن الضيافة حق وجب فعله فوجب بيانه كالجزية .

وقال المصنف في الكافي ما معناه : أنه إن شرط عليهم الضيافة وأطلق جاز ؛ لأن عمر لم يقدر ذلك . ولما شكي إليه اعتداء الأضياف قال : «أطعموهم مما تأكلون»[3] . فعلى هذا لا يجب عليهم ضيافة أكثر من يوم وليلة لأن ذلك الواجب على المسلم ، ولا يكلفون إلا من طعامهم وإدامهم ؛ لقول عمر .

وأما كون الضيافة المذكورة لا تجب من غير شرط على الأول ذكره القاضي فلأنها أداء مال فلا تجب عليهم بغير رضاهم كالجزية .

وأما كونها تجب على قولٍ فلأنها تجب على المسلم فالكافر أولى .

قال : (وإذا تولى إمام فعرف قدر جزيتهم وما شرط عليهم أقرهم عليه ، وإن لم يعرف رجع إلى قولهم فإن بان له كذبهم رجع عليهم . وعند أبي الخطاب أنه يستأنف العقد معهم) .

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى عن الأحنف بن قيس «أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كان يشترط على أهل الذمة ضيافة يوم وليلة وأن يصلحوا قناطر وإن قتل بينهم قتيل فعليهم ديته» . ٩: ١٩٦ كتاب الجزية، باب الضيافة في الصلح .

(٢) أخرجه أبو عبيد في الأموال عن نافع عن أسلم «أن عمر ضرب الجزية على أهل الذهب: أربعة دنانير، وعلى أول الورق: أربعين درهما، ومع ذلك أرزاق المسلمين وضيافة ثلاثة أيام» . (١٠٠) ص: ٤٢ كتاب سنن الفيء، باب فرض الجزية ومبلغها ، وأرزاق المسلمين وضيافتهم .

(٣) أخرجه أحمد في مسنده (١٦٤٤٦) ٤: ٣٦ .

أما كون الإمام المتولي يُقر أهل الذمة على عقدهم الأول على المذهب فلأن الخلفاء أقروهم على ذلك لم يجددوا لمن كان في زمنهم عقد .

ولأنه عقد لازم أشبه الإجارة .

وأما كونه يقرهم على ما كانوا عليه إذا عرف قدر جزيتهم وما شُرط عليهم فلأن ذلك هو موجَب العقد الأول وقد تقدم أنهم يقرون عليه .

وأما كونه يُرجع إلى قولهم إذا لم يعرف قدر جزيتهم وما شرط عليهم فلأنه لا يمكن معرفته إلا من جهتهم .

وأما كونه يرجع عليهم بالنقص إذا بان لهم كذبهم بإقرار أو بينة فلأنه واجب عليهم بالعقد الأول فكان للإمام المتجدد أخذه كالأول .

وأما كونه يستأنف العقد معهم على قول أبي الخطاب فلأن المتولي إمام أشبه الأول .

قال : (وإذا عقد الذمة كتب أسمائهم وأسماء آبائهم وحلاهم ودينهم ، وجعل لكل طائفة عريفاً يكشف حال من بلغ وأسلم واستغنى وسافر ونقض العهد وخرق شيئاً من أحكام الذمة) .

أما كون الإمام يكتب أسماء أهل الذمة وأسماء آبائهم وحلاهم ودينهم إذا عقد الذمة فلأنه يعرفهم بذلك . والمراد بكتب أسمائهم وأسماء آبائهم أن يكتب فلان بن فلان ، ويكتب حلاهم أن يكتب صفاتهم لأن الحلا جمع حلية والمراد بها الحلية التي لا تختلف من طول وقصر وسمرة وبياض ومن كونه أدعج العينين مقرون الحاجبين أقنى الأنف أبلج أكحل . ويكتب دينهم أن يكتب يهودي نصراني مجوسي .

وأما كونه يجعل لكل طائفة عريفاً فليعرفه بما ذكره المصنف رحمه الله ؛ لأن الجزية تتجدد بالبلوغ وتكثر بالاستغناء وتسقط بالإسلام ويتعذر الأخذ مع السفر ويمنع حقن الدم بها عند النقض والحاجة داعية إلى معرفة ذلك كله .

باب أحكام الذمة

قال المصنف رحمه الله: (يلزم الإمام أن يأخذهم بأحكام المسلمين في ضمان النفس والمال والعرض، وإقامة الحدود عليهم فيما يعتقدون تحريمه دون ما يعتقدون حله).

أما كون الإمام يلزمه أن يأخذ أهل الذمة بأحكام المسلمين في ضمان ما ذكر فلأن الإسلام نسخ كل حكم يخالفه.

وأما كونه يلزمه إقامة الحدود عليهم فيما يعتقدون تحريم[1] ما يحد[2] لأجله كالقتل والزنا ونحوهما فلما روى أنس «أن يهودياً قتل جارية على أوْضاح لها فقتله رسول الله ﷺ»[3] متفق عليه.

وروى ابن عمر «أن رسول الله ﷺ أتي بيهوديين قد فجرا بعد إحصانهما فرجمهما»[4].

ولأنه محرم في دينهم وقد التزموا حكم الإسلام فثبت في حقهم حكمه كالمسلم.

وأما كونه لا يلزمه ذلك فيما يعتقدون حله كشرب الخمر وأكل الخنزير ونكاح ذوات المحارم للمجوس فلأنهم يقرون عليه لقوله تعالى: ﴿قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا

---

(١) في هـ: تحريمه.

(٢) في و: ما يلحه.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٦٤٨٥) ٦: ٢٥٢٢ كتاب الديات، باب من أقاد بالحجر.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٦٧٢) ٣: ١٢٩٩ كتاب القسامة، باب ثبوت القصاص في القتل بالحجر وغيره...

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه (٦٤٥٠) ٦: ٢٥١٠ كتاب المحاربين من أهل الكفر والردة، باب أحكام أهل الذمة وإحصانهم، إذا زنوا ورفعوا إلى الإمام.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٦٩٩) ٣: ١٣٢٦ كتاب الحدود، باب رجم اليهود أهل الذمة في الزنى.

باليوم الآخر ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله ولا يَدينون دين الحق من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يدٍ وهم صاغرون﴾ [التوبة: ٢٩] أمر بإقرارهم على ذلك بإعطاء الجزية.

ولأنهم يقرون على كفرهم وهو أكبر من ذلك فلأن يُقروا على ذلك بطريق الأولى.

قال: (ويلزمهم التميّز عن المسلمين في شعورهم بحذف مقادم رؤوسهم وترك الفرق، وكناهم فلا يتكنوا بكنى المسلمين كأبي القاسم وأبي عبدالله، وركوبهم بترك الركوب على السروج وركوبهم عرضاً على الأكف، ولباسهم فيلبسون ثوباً يخالف لباسهم كالعسلي والأدكن، وشد الخرق في قلانسهم وعمائمهم، ويؤمر النصارى بشد الزنار فوق ثيابهم، ويجعل في رقابهم خواتيم الرصاص أو جلجل يدخل معهم الحمام).

أما كون الإمام يُلزم أهل الذمة التميّز عن المسلمين في الشعور والكنى والركوب واللبس فلما روى إسماعيل بن عياش عن غير واحد من أهل العلم قال: «كتب أهل الجزيرة إلى عبدالرحمن بن غنم إنا شرطنا على أنفسنا أن لا نتشبه بالمسلمين في لبس قلنسوة ولا عمامة ولا نعل ولا فرق شعر ولا في مراكبهم ولا نتكلم بكلامهم ولا نتكنّى بكناهم، وأن نجز مقادم رؤوسنا، ولا نفرق نواصينا، ونشد الزنار في أوساطنا، ولا ننقش خواتيمنا بالعربية، ولا نركب السروج، ولا نتخذ شيئاً من السلاح ولا نحمله ولا نتقلد السيوف... وذكر سائره»[1] رواه الخلال.

وذكر في آخره: «فكتب بذلك عبدالرحمن بن غنم إلى عمر بن الخطاب فكتب إليه عمر أن امض لهم ما سألوا».

وعن ابن عمر «أن عمر أمر بجز نواصي أهل الذمة وأن يركبوا الأكف عرضاً»[2] رواه الخلال.

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى بطوله ٩: ٢٠٢ كتاب الجزية، باب الإمام يكتب كتاب الصلح على الجزية.

(٢) أخرجه أبو عبيد في الأموال (١٣٧) ص: ٥٥ باب الجزية كيف تجتبى؟.

والأكف : جمع إكاف وهو البَردعة .

ومعنى قوله : عرضاً أن يكون رجلاه إلى جانب وظهره إلى آخر .

والأدكن الفاختي .

فإن قيل : ما صفة التميز ؟

قيل : كما ذكره المصنف رحمه الله لما ورد في الحديث المذكور .

وأما كون النصارى يؤمرون بشد الزنار فوق ثيابهم فلما تقدم في حديث عبدالرحمن .

ولما روي عن عمر «أنه كتب إلى أهل الآفاق : مروا نساء أهل الأديان أن يعقدن زنانيرهن» .

وأما كونهم يجعل في رقابهم الخواتيم والجلجل يدخل معهم الحمام فليحصل به التميز في الحمام .

قال : (ولا يجوز تصديرهم في المجالس ، ولا بداءتهم بالسلام . فإن سلم أحدهم قيل له : وعليكم . وفي تهنئتهم وتعزيتهم وعيادتهم روايتان).

أما كون تصدير أهل الذمة في المجالس لا يجوز فلأن في كتابهم لعبدالرحمن بن غنم : «وأن نوقر المسلمين في المجالس ، ونقوم لهم عن المجالس إذا أرادوا الجلوس»[(١)] .

وأما كون بداءتهم بالسلام لا يجوز فلما روى أبو هريرة أن رسول الله ﷺ قال : «لا تبدؤا النصارى واليهود بالسلام . وإذا لقيتم أحدهم في الطريق فاضطروهم إلى أضيقه»[(٢)] رواه الترمذي وقال: حديث حسن صحيح .

وأما كون أحدهم إذا سلم يقال له : وعليكم ؛ فلأن النبي ﷺ قال : «وإن سلموا عليكم فقولوا : وعليكم»[(٣)] رواه الإمام أحمد .

وأما كون تهنئتهم وتعزيتهم وعيادتهم لا يجوز في رواية ؛ فلأن بذلك يحصل الموالاة وتثبت المودة وقد نهى الله عن ذلك قال الله تعالى :﴿يا أيها الذين آمنوا لا تتخذوا عدوي وعدوكم أولياء تلقون إليهم بالمودة﴾ [الممتحنة :١] ، وقال تعالى : ﴿يا أيها الذين

(١) سبق تخريجه قريباً.

(٢) أخرجه الترمذي في جامعه (١٦٠٢) ٤: ١٥٤ كتاب السير، باب ما جاء في التسليم على أهل الكتاب .

(٣) أخرجه أحمد في مسنده (٢٧٢٧٧) ٦: ٣٨٩ .

آمنوا لا تتخذوا اليهود والنصارى أولياء بعضهم أولياء بعض ومن يتولهم منكم فإنه منهم﴾ [المائدة: ٥١].

وأما كونه يجوز في روايةٍ فلأنه من مكارم الأخلاق وقد روي «أن النبي ﷺ عاد يهودياً فأسلم»[١].

وربما كان ذلك سبباً لإيمانه.

قال: (ويمنعون تعلية البنيان على المسلمين، وفي مساواتهم وجهان. وإن ملكوا داراً عالية من مسلم لم يجب نقضها).

أما كون أهل الذمة يُمنعون تعلية بنيانهم على المسلمين فلأن النبي ﷺ قال: «الإسلام يَعلو ولا يُعلى»[٢].

ولأن في ذلك[٣] رتبة على المسلمين وأهل الذمة ممنوعون من ذلك.

وأما كونهم لا تجوز مساواتهم للمسلمين في وجه فلما تقدم من قوله عليه السلام: «يعلو»[٤].

ولأنهم لا يجوز مساواتهم للمسلمين في اللباس فكذلك في البنيان.

وأما كونهم يجوز مساواتهم فلأنه ليس ليستطيل على المسلمين.

وأما كونهم إذا ملكوا داراً عالية من مسلم لا يجب نقضها فلأنه لم يعل على المسلمين شيئاً.

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه عن عن أنس «أن غلاما من اليهود كان مرض فأتاه النبي ﷺ يعوده فقعد عند رأسه فقال له: أسلم فنظر إلى أبيه وهو عند رأسه فقال له أبوه: أطع أبا القاسم فأسلم فقام النبي ﷺ وهو يقول: الحمد لله الذي أنقذه بي من النار» (٣٠٩٥) ٣: ١٨٥ كتاب الجنائز، باب في عيادة الذمي.

(٢) ذكره البخاري في صحيحه تعليقاً ١: ٤٥٤ كتاب الجنائز، باب إذا أسلم الصبي فمات...

وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦: ٢٠٥ كتاب اللقطة، باب ذكر بعض من صار مسلماً بإسلام أبويه أو أحدهما.

(٣) في هـ: وفي ذلك.

(٤) ر الحديث السابق.

وقول المصنف : من مسلم فيه إشعار بأنه إذا ملكها من ذمي يجب نقضها وهو صحيح لأن نقضها وجب قبل البيع .

قال : (ويمنعون من إحداث الكنائس والبِيَع ، ولا يمنعون رمّ شعثها ، وفي بناء ما استهدم منها روايتان) .

أما كون أهل الذمة يمنعون من إحداث الكنائس والبِيَع فلما روي عن ابن عباس : «أيما مصر مصّرته العرب فليس للعجم أن يبنوا فيه بيعة»[1] رواه الإمام أحمد واحتج به .

وفي حديث عبدالرحمن بن غنم : «إنا شرطنا على أنفسنا أن لا نحدث في مدينتنا كنيسة ولا فيما حولها ديراً ولا ولاية ولا صومعة راهب»[2] .

وأما كونهم لا يمنعون رم شعثها فلأنه كتطيين سطوحها والتطيين لا يمنع منه فكذلك الرم .

وأما كونهم يمنعون بناء ما استهدم منها في رواية فلأن في حديث عبدالرحمن بن غنم : «ولا نجدد ما خرب من كنائسنا»[3] .

ولأنه بناء كنيسة في دار الإسلام فمنعوا منه كبداء بنيانها .

وأما كونهم لا يمنعون في رواية فلأنه كَرَمِّ الشعث .

قال : (ويمنعون إظهار المنكر ، وضرب الناقوس ، والجهر بكتابهم . وإن صولحوا في بلادهم على إعطاء الجزية لم يمنعوا شيئاً من ذلك) .

أما كون أهل الذمة يمنعون إظهار المنكر وضرب الناقوس والجهر بكتابهم فلأن في شروطهم : «أن لا نضرب نواقيسنا إلا ضرباً خفياً في جوف كنائسنا ، ولا نظهر علينا صليباً ، ولا نرفع أصواتنا في الصلاة ، ولا كتاباً في سوق المسلمين ، وأن لا نجاورهم بالخنازير ، ولا نبيع الخمور ، ولا نظهر النيران في أسواق المسلمين»[4] .

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٩: ٢٠١ كتاب الجزية، باب يشترط عليهم أن لا يحدثوا في أمصار المسلمين كنيسة ولا مجمعاً ...

(٢) سبق تخريجه من كتاب أهل الجزيرة إلى عبد الرحمن بن غنم ص: ٣٥٥.

(٣) مثل السابق.

(٤) مثل السابق.

وأما كونهم لا يمنعون شيئاً من ذلك إذا صولحوا في بلادهم على إعطاء الجزية فلأن الدار دارهم لا دار الإسلام بخلاف أهل الذمة فإنهم في دار الإسلام فمُنعوا من ذلك .

قال : (ويمنعون دخول الحرم . فإن قدم رسول لا بد له من لقاء الإمام خرج إليه ولم يأذن له . فإن دخل عزر وهدد . فإن مرض بالحرم أو مات أخرج ، وإن دُفن نبش إلا أن يكون قد بَلِي) .

أما كون الكفار يمنعون دخول الحرم فلأن الله تعالى قال :﴿يا أيها الذين آمنوا إنما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا﴾ [التوبة :٢٨] . والمراد الحرم بدليل قوله تعالى : ﴿وإن خفتم عيلة﴾ [التوبة :٢٨] يريد ضرراً بتأخر الجلَب عن الحرم دون المسجد . وبدليل قوله تعالى :﴿سبحان الذي أسرى بعبده ليلاً من المسجد الحرام﴾ [الإسراء :١] أي من الحرم لأنه أسري به من بيت أم هانئ .

وأما كون الإمام يَخرج إلى الرسول الذي لا بد من لقاء الإمام فلأن المشرك ممنوع من دخول الحرم فإذا لم يكن بُدٌّ من الاجتماع بالإمام تعين خروجه إليه .

وأما كونه لا يأذن للرسول فلأن الدخول ممنوع منه وليس للإمام إذن في الممنوع منه .

وأما كون الرسول إذا دخل يعزر ويهدد فلهتكه الحرم بدخوله الممنوع منه . ولا بد أن يُلحظ في ذلك علمه بمنعه لأنه إذا لم يعلم ذلك يكون له عذر .

وأما كون من مرض بالحرم أو مات يُخرج فلأنه إذا لم يجز بقاؤه فيه في حياته فلأن لا يجوز بقاؤه في مرضه ومماته بطريق الأولى .

وأما كونه ينبش إذا دفن و لم يبل فلأن في ذلك وسيلة إلى إخراج الميت من الحرم أشبه ما لو لم يدفن .

وأما كونه لا ينبش إذا بلي فلأنه مع ذلك يتعذر نقله .

قال: (ويمنعون من الإقامة بالحجاز كالمدينة واليمامة وخيبر. فإن دخلوا لتجارة لم يقيموا في موضع واحد أكثر من أربعة أيام. فإن مرض لم يخرج حتى يبرأ، وإن مات دفن به. ولا يمنعون من تيماء وفيد ونحوهما. وهل لهم دخول المساجد بإذن مسلم؟ على روايتين).

أما كون أهل الذمة يمنعون من الإقامة بالحجاز فلما روى أبو عبيدة بن الجراح أن آخر ما تكلم به النبي ﷺ قال: «أخرجوا اليهود من الحجاز»(1) رواه أحمد وأبو داود.

وعن عمر رضي الله عنه أنه سمع رسول الله ﷺ يقول: «لأخرجن اليهود والنصارى من جزيرة العرب، فلا أترك فيها إلا مسلماً»(2) رواه الترمذي وقال: حديث حسن صحيح.

والمراد الحجاز بدليل أن أحداً من الخلفاء لم يُخرج أحداً من أهل اليمن ولا أهل تيماء.

وأما قول المصنف رحمه الله: كالمدينة إلى آخره فتنبيه على أن المواضع المذكورة من الحجاز؛ لأن الحجاز سمي بذلك لأنه حجز بين تهامة ونجد وذلك موجود فيما ذكر.

وأما كونهم إذا دخلوا لتجارةٍ لم يقيموا في موضع واحد أكثر من أربعة أيام فلأن الزائد على الأربعة حدٌّ يُتم به المسافر.

وقال المصنف في المغني والكافي وصاحب النهاية فيها: لا يقيم أكثر من ثلاثة؛ لأن إذن عمر رضي الله عنه لمن دخل منهم تاجراً في إقامة ثلاثة أيام يدل على أنه لا يجوز أكثر من ذلك.

وأما كون من مرض لا يخرج حتى يبرأ فلأنه موضع ضرورة.

وأما كون من مات يدفن به فلأنه موضع حاجة.

وأما كونهم لا يمنعون من تيماء وفيد ونحوهما فلما تقدم من أن أحداً من الخلفاء لم يُخرج أحداً من ذلك.

---

(1) أخرجه أحمد في مسنده (١٦٩٤) ١: ١٩٥.
وأخرجه الدارمي في سننه (٢٤٩٤) ٢: ١٦١ كتاب السير، باب إخراج المشركين من جزيرة العرب.
ولم أره في أبي داود.

(2) أخرجه الترمذي في جامعه (١٦٠٧) ٤: ١٥٦ كتاب السير، باب ما جاء في إخراج اليهود والنصارى من جزيرة العرب.

وأما كونهم لهم دخول المساجد بإذن مسلم على روايةٍ وهي الصحيحة في المذهب ذكره المصنف في الكافي فـ «لأن النبي ﷺ قدم عليه وفد الطائف فأنزلهم بالمسجد قبل إسلامهم»[1] .

وأما كونهم ليس لهم ذلك على رواية فلما روي «أن أبا موسى قدم على عمر ومعه نصراني ، فأعجب عمر خطه ، وقال : قل لكاتبك هذا يقرأ لنا كتابه . قال : إنه لا يدخل المسجد . قال : لِمَ . أجنب هو؟ قال : هو نصراني . فانتهره عمر»[2] .

ولأن الجنب يمنع المسجد فالمشرك أولى .

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه من طريق الحسن عن عثمان بن أبي العاص «أن وفد ثقيف لما قدموا على رسول الله ﷺ أنزلهم المسجد ليكون أرق لقلوبهم فاشترطوا عليه أن لا يحشروا ولا يعشروا ولا يُجبوا فقال رسول الله ﷺ: لكم أن لا تحشروا ولا تعشروا ولا خير في دين ليس فيه ركوع» . (٣٠٢٦) ٣: ١٦٣ كتاب الخراج والإمارة والفيء، باب ما جاء في خبر الطائف .

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٩: ٢٠٤ كتاب الجزية، باب لا يدخلون مسجداً بغير إذن .

فصل (في العشور)

قال المصنف رحمه الله : (وإن اتجر ذمي إلى غير بلده ثم عاد فعليه نصف العشر . فإن اتجر حربي إلينا أخذ منه العشر . ولا يؤخذ من أقل من عشرة دنانير . ويؤخذ كل عام مرة . وقال ابن حامد[1] : يؤخذ من الحربي كلما دخل إلينا).

أما كون من اتجر من أهل الذمة إلى غير بلده ثم عاد يؤخذ منه نصف العشر فلما روى أنس بن مالك قال : «أمرني عمر أن آخذ من المسلمين ربع العشر ، ومن أهل الذمة نصف العشر»[2] رواه الإمام أحمد .

وروي «أن عمر بعث عثمان بن حنيف إلى الكوفة فجعل على أهل الذمة في أموالهم التي يختلفون فيها في كل عشرين درهمٍ درهماً»[3] رواه أبو عبيد في كتاب الأموال .

وأما كون من اتجر من أهل الحرب إلينا يؤخذ منه العشر فـ «لأن عمر رضي الله عنه أخذ من أهل الحرب العشر»[4] واشتهر ذلك فيما بين الصحابة وعمل به الخلفاء بعده فكان إجماعاً .

---

(١) في المقنع: أبو حامد .

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٩: ٢١٠ كتاب الجزية، باب ما يؤخذ من الذمي إذا اتجر في غير بلده والحربي...

(٣) أخرجه أبو عبيد في الأموال (١٦٥٤) ص: ٤٧٤ باب ذكر العاشر وصاحب المكس...

(٤) أخرج البيهقي في السنن الكبرى عن أنس بن سيرين أخي محمد بن سيرين قال : « جعل عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنس بن مالك عى صدقة البصرة . فقال لي أنس بن مالك : أبعثك على ما بعثني عليه عمر بن الخطاب رضي الله عنه . فقلت : لا أعمل ذلك حتى تكتب لي عهد عمر بن الخطاب الذي ⇦

وأما كونه لا يؤخذ من أقل من عشرة دنانير فيشمل أمرين :

أحدهما : أن النصاب معتبر فيما يُعَشّر وهو صحيح لأنه مال يجب فيه العشر أو نصف العشر فاعتبر له النصاب كزرع المسلمين .

وثانيهما : أن نصابه عشرة دنانير . وفي ذلك روايتان :

إحداهما : أن نصابه ذلك لأن ذلك مال يبلغ واجبه نصف دينار فوجب فيه كالعشرين في حق المسلم .

والرواية الثانية : نصابه عشرون ديناراً لأن الزكاة لا تجب في أقل منها[1] فلم يجب فيها على الذمي شيء كاليسير . ولا فرق بين الذمي والحربي فيما ذكر بخلاف القدر المأخوذ لأن النصاب تقديري فلا يختلف إلا بنقل ولم يوجد .

وأما كون ذلك يؤخذ في كل عام مرة وهو منصوص الإمام أحمد فلما روي «أن نصرانياً جاء إلى عمر فقال : إن عاملك عشرني السنة مرتين . قال : ومن أنت؟ قال : أنا الشيخ النصراني . قال عمر : وأنا الشيخ الحنيف . ثم كتب إلى عامله أن لا يعشر في السنة إلا مرة »[2] رواه الإمام أحمد .

ولأن الجزية والزكاة إنما تؤخذ في السنة مرة واحدة فكذلك هذا .

وأما كون ذلك يؤخذ من الحربي كلما دخل إلينا على قول ابن حامد فلأنا لو أخذنا منهم مرة واحدة لا يؤمن أن يدخلوا فإذا جاء وقت السنة ولم يدخلوا فيتعذر الأخذ منهم .

⇨

عهد إليك . فكتب لي : أن خذ من أموال المسلمين ربع العشر ، ومن أموال أهل الذمة إذا اختلفوا للتجارة نصف العشر ، ومن أموال أهل الحرب العشر » ٩: ٢١٠ كتاب الجزية ، باب: ما يؤخذ من الذمي إذا اتجر في غير بلده ، والحربي إذا دخل بلاد المسلمين بأمان .

(١) في هـ زيادة : فلم تجب في أقل منها

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٩: ٢١١ كتاب الجهاد، باب لا يؤخذ منهم ذلك في السنة إلا مرة واحدة إلا أن يقع .

وأخرجه أبو عبيد في الأموال (١٦٨٤) ص: ٤٧٩ باب ما يأخذ العاشر من صدقة المسلمين، وعشور أهل الذمة والحرب .

والأول أصح ؛ لما ذكر . وتعذر الأخذ غير صحيح لأنه يؤخذ أول مرة يدخل ثم يكتب له بما أخذ منه فلا يؤخذ منه شيء حتى تمضي تلك السنة فإذا جاء في العام الثاني أخذ منه في أول ما يدخل وإن لم يدخل فما فات في العام الثاني شيء .

قال : (وعلى الإمام حفظهم ، والمنع من أذاهم ، واستنقاذ من أسر منهم) .

أما كون الإمام عليه حفظ أهل الذمة والمنع من أذاهم فلأنهم بذلوا الجزية على ذلك .

وأما كونه عليه استنقاذ من أسر منهم فلأنهم جرت عليهم أحكام الإسلام وتأبد عهدهم[1] فلزمه ذلك كما يلزمه للمسلمين .

و لم يشترط المصنف رحمه الله في استنقاذ من أسر منهم كون ذلك بعد استنقاذ المسلمين وهو شرط . وإنما تركه لظهوره ولذلك اشترطه في باقي كتبه ؛ لأن استنقاذ المسلم أولى من غيره .

ولأن عصمة الذمي ملحقة بعصمة المسلم فلا يستنقذ الفرع قبل الأصل .

قال : (وإن تحاكموا إلى الحاكم مع مسلم لزمه الحكم بينهم . وإن تحاكم بعضهم مع بعض ، أو استعدى بعضهم على بعض خُيِّر بين الحكم بينهم وبين تركهم . ولا يحكم إلا بحكم الإسلام) .

أما كون أهل الذمة إذا تحاكموا مع مسلم إلى الحاكم يلزمه الحكم بينهم فلما فيه من إنصاف المسلم من غيره ، أو رده عن الظلم وذلك واجب .

وأما كونهم إذا تحاكم بعضهم مع بعض ، أو استعدى بعضهم على بعض يخير بين الحكم بينهم وبين تركهم فلأن الله تعالى قال :﴿فإن جاؤك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم﴾ [المائدة : ٤٢] .

---

(١) في هـ : عددهم .

ولأنهما كافران فلم يجب الحكم بينهما كالمستأمن .

وأما كون الحاكم بينهم لا يحكم إلا بحكم الإسلام فلأن الله تعالى قال : ﴿وإن حكمت فاحكم بينهم بالقسط﴾ [المائدة : ٤٢] .

قال : (وإن تبايعوا بيوعاً فاسدة وتقابضوا لم ينقض فعلهم ، وإن لم يتقابضوا فسخه سواء كان قد حكم بين حاكمهم أو لا).

أما كون ما فعل أهل الذمة مع التقابض لا ينقض فلأن فيه مشقة وتنفيراً عن الإسلام بتقدير إرادته .

وأما كونه يفسخ مع عدم التقابض فلأن مقتضى الدليل أن يحكم بينهم بحكم الإسلام لما تقدم . خص منه حالة التقابض للمشقة والتنفير فيبقى فيما عداه على مقتضى الدليل .

وأما قول المصنف رحمه الله : سواء كان قد حكم بينهم حاكمهم أو لا فمعناه أنهم لو ترافعوا إلى حاكمهم فألزمهم بالتقابض لا يلزم إمضاء حكمه لأن حكمه باطل ولا يجب إمضاء الباطل .

قال : (وإن تهود نصراني ، أو تنصر يهودي لم يقر ولم يقبل منه إلا الإسلام أو الدين الذي كان عليه . ويحتمل أن لا يقبل منه إلا الإسلام . فإن أبى هدد وحبس . ويحتمل أن يقتل . وعنه : أنه يقر).

أما كون النصراني إذا تهود وبالعكس لا يقر على المذهب فلأنه لا يقبل منه ذلك ؛ لما يأتي بعد .

وأما كونه لا يقبل منه غير الإسلام أو الدين الذي كان عليه على المذهب أيضاً فلأن الإسلام دين حق والذي كان عليه دين صولح عليه فلم يقبل منه غيرهما لاعترافه ببطلانه لأنه انتقل إلى دين باطل فلم يقر عليه أشبه ما لو انتقل إلى المجوسية .

وأما كونه يحتمل أن لا يقبل منه إلا الإسلام فلأن الدين الذي كان عليه قد اعترف ببطلانه والذي انتقل إليه كان معترفاً ببطلانه فلم يبق غير الإسلام .

وأما كون من أبى من فعل الواجب عليه يهدد ويحبس على المذهب فليأتي بذلك .

وأما كونه يحتمل أن يقتل فلأنه انتقل إلى دين لا يقر عليه أشبه المسلم إذا ارتد .

والأول أولى ؛ لما تقدم .

وأما كون من تقدم ذكره يقر على الدين الذي انتقل إليه على رواية فلأنه دين يقر عليه في الجملة أشبه الذي كان عليه والذي هو عليه بالأصالة .

قال : (وإن انتقل إلى غير دين أهل الكتاب ، أو انتقل المجوسي إلى غير دين أهل الكتاب لم يقر وأمر أن يسلم ، فإن أبى قتل . وإن انتقل غير الكتابي إلى دين أهل الكتاب أقر . ويحتمل أن لا يقبل منه إلا الإسلام . وإن تمجس الوثني فهل يقر ؟ على روايتين).

أما كون الكتابي أو المجوسي إذا انتقل إلى غير دين أهل الكتاب لا يقر عليه ؛ فلأنه انتقل من دين يُقر أهله عليه إلى دين لا يقر أهله عليه فلم يقر عليه أشبه المرتد عن الإسلام .

وأما كونه يؤمر بالإسلام فلأن كل أحد مأمور بذلك لا سيما من لا كتاب له ولا شبه كتاب .

وأما كونه يقتل إذا أبى الإسلام فكالمسلم إذا ارتد .

وأما كون غير الكتابي إذا انتقل إلى دين أهل الكتاب يقر على المذهب فلأنه انتقل إلى دين هو أكمل من دينه الذي كان عليه أشبه ما لو انتقل من اليهودية إلى الإسلام .

ومعنى الكمال أنه يقر أهله عليه وتؤكل ذبائحهم وتحل مناكحتهم .

وأما كونه يحتمل أن لا يقبل منه إلا الإسلام فلأنه أقر ببطلان دينه بعد أن كان مقراً ببطلان ما سواه .

وأما كون الوثني إذا تمجس يقر على رواية فلأنه انتقل إلى[1] دين أكمل من دينه أشبه الوثني إذا تهود أو تنصر .

---

(١) في هـ : من.

وأما كونه لا يقر على رواية فلأنه انتقل إلى غير كتاب أشبه ما لو انتقـل إلى عبـادة الشمس . ويمكن الفرق بما تقدم من كون المنتقل إليه أكمل من دينه .

فصل في نقض العهد

قال المصنف رحمه الله : (وإذا امتنع الذمي من بذل الجزية ، أو التزام أحكام الملة انتقض عهده).

أما كون الذمي ينتقض عهده إذا امتنع من بذل الجزية فلأن الله تعالى قال : ﴿حتى يعطوا الجزية﴾ [التوبة :٢٩] أمر بقتالهم حتى يعطوا الجزية .

وأما كونه ينتقض عهده إذا امتنع من التزام ملة الإسلام فلأن الإسلام نسخ كل حكم يخالفه فلا يجوز بقاء العهد مع عدم التزامه .

وقتال المسلمين ينتقض به العهد كالأمرين المذكورين ؛ لأن عقد الذمة يقتضي الأمان من الجانبين والقتال ينافيه فانتقض .

قال : (وإن تعدى على مسلم بقتل أو قذف أو زنا أو قطع طريق أو تجسس أو إيواء جاسوس أو ذكر الله تعالى أو كتابه أو رسوله بسوء فعلى روايتين) .

أما كون الذي ينتقض عهده بما ذكر على المذهب فلما روي عن عمر رضي الله عنه «أنه رُفع إليه رجل أراد استكراه مسلمة على الزنا . فقال : ما على هذا صالحناكم . وأمر به فصلب في بيت المقدس»[(١)] .

(١) عن سويد بن غفلة قال: «كنا مع عمر بن الخطاب رضي الله عنه وهو أمير المؤمنين بالشام فأتاه نبطي مضروب مشجج مستعدي فغضب غضباً شديداً فقال لصهيب: انظر من صاحب هذا؟ فانطلق صهيب فإذا هو عوف بن مالك الأشجعي فقال له: إن أمير المؤمنين قد غضب غضباً شديداً فلو أتيت معاذ بن جبل فمشى معك إلى أمير المؤمنين فإني أخاف عليك بادرته فجاء معه معاذ فلما انصرف عمر من الصلاة ⇦

وقيل لابن عمر : «إن راهباً يشتم رسول الله ﷺ . فقال : لو سمعته لقتلته . إنا لم نعط الأمان على هذا» .

وعن عمر «أنه أمر عبدالرحمن بن غنم أن يُلحق في صلح أهل الجزية : ومن ضرب مسلماً فقد خلع عهده»[1] .

ولأن في ذلك ضرراً على المسلمين أشبه الامتناع من بذل الجزية .

وأما كونه لا ينتقض على رواية فلأن هذه الأشياء لا يجب تركها عليهم فلا ينتقض عهدهم بفعلها .

والأول أولى ؛ لما تقدم .

قال : (وإن أظهر منكراً ، أو رفع صوته بكتابه ونحوه لم ينتقض عهده . وظاهر كلام الخرقي أنه ينتقض عهده إن كان مشروطاً عليهم) .

أما كون الذمي لا ينتقض عهده بما ذكر مع عدم شرطه فلأن ذلك لا ينافي عقد الذمة .

ولأن غاية ما يقدر أنه شيء لا يجوز فعله وذلك لا يوجب نقض العهد دليله ما لو زنا معاهد بمشركة .

⇨

قال أين صهيب؟ فقال: أنا هذا يا أمير المؤمنين قال: أجئت بالرجل الذي ضربه؟ قال: نعم . فقام إليه معاذ بن جبل فقال: يا أمير المؤمنين إنه عوف بن مالك فاسمع منه ولا تعجل عليه . فقال له عمر: ما لك ولهذا؟ قال: يا أمير المؤمنين رأيته يسوق بامرأة مسلمة فنخس الحمار ليصرعها فلم تصرع ثم دفعها فخرت عن الحمار ثم تغشاها ففعلت ما ترى قال: ائتني بالمرأة لتصدقك فأتى عوف المرأة فذكر الذي قال له عمر رضي الله عنه قال أبوها وزوجها: ما أردت بصاحبتنا فضحتها فقالت المرأة: والله لأذهبن معه إلى أمير المؤمنين فلما أجمعت على ذلك قال أبوها وزوجها: نحن نبلغ عنك أمير المؤمنين فأتيا فصدقا عوف بن مالك بما قال فقال عمر لليهودي: والله ما على هذا عاهدناكم فأمر به فصلب ثم قال: يا أيها الناس فوا بذمة محمد ﷺ فمن فعل منهم هذا فلا ذمة له » .

أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٩: ٢٠١ كتاب الجزية، باب يشترط عليهم أن أحدا من رجالهم إن أصاب مسلما بزنا .

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى بطوله ٩: ٢٠٢ كتاب الجزية، باب الإمام يكتب كتاب الصلح على الجزية .

وأما كونه لا ينتقض مع شرط ترك ذلك على الأول فكما لو لم يشترط .

وأما كونه ينتقض على ظاهر كلام الخرقي ؛ فلأن في كتاب صلح الجزيرة بعد استيفاء الشرط : « وإن نحن غيّرنا أو خالفنا ما شرطنا على أنفسنا وقبلنا الأمان عليه فلا ذمة لنا ، وقد حل لكل منا ما يحل من أهل المعاندة والشقاق »[1] .

ولأنه عقد بشرط فزال بزوال شرطه كما لو امتنعوا من بذل الجزية .

قال : (ولا ينتقض عهد نسائه وأولاده بنقض عهده . وإذا انتقض عهده خُـيِّر الإمام فيه كالأسير الحربي . وماله فيء عند الخرقي ، وقال أبو بكر : يكون لورثته) .

أما كون عهد نساء من نقض عهده وعهد أولاده لا ينتقض بنقض عهده فلأن النقض وُجد منه دونهم فاختص حكمه به .

وأما كون الإمام يخير فيمن نقض عهده كالأسير الحربي ؛ فـ « لأن عمر رضي الله عنه صلب الذي أراد استكراه المرأة »[2] .

ولأنه كافر لا أمان له أشبه الحربي الأسير .

وأما كون ماله فيئاً عند الخرقي فلأنه قتل لنقضه العهد أشبه ما لو تركه وهرب .

وأما كونه لورثته على قول أبي بكر ؛ فلأن الأمان في المال لا ينتقض بنقض العهد فيجب أن ينتقل إلى الورثة لأنه حقهم .

---

(١) سبق تخريجه من كتاب أهل الجزيرة إلى عبد الرحمن بن غنم ص: ٣٥٥.

(٢) سبق تخريجه ص: ٣٦٨.

وقيل : الخلاف المذكور مبني على انتقاض العهد في المال بنقضه في صاحبه : فإن قيل : ينتقض كان فيئاً ، وإن قيل : لا ينتقض انتقل إلى الورثة .

والله أعلم بالصواب .

كتاب البيع

البيع جائز بالكتاب والسنة والمعنى والإجماع : أما الكتاب فقول الله تعالى : ﴿وأحل الله البيع﴾ [البقرة:٢٧٥] ، وقوله تعالى : ﴿وأشهدوا إذا تبايعتم﴾ [البقرة:٢٨٢]، وقوله تعالى : ﴿إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾ [النساء:٢٩]، وقوله تعالى : ﴿ليس عليكم جناحٌ أن تبتغوا فضلاً من ربكم﴾ [البقرة:١٩٨].

وأما السنة فروى رفاعة « أنه خرج مع النبي ﷺ إلى المصلى فرأى الناس يتبايعون . فقال : يا معشر التجار ! فرفعوا أعناقهم وأبصارهم إليه . فقال : إن التجار يبعثون يوم القيامة فُجَّاراً إلا من بَرَّ وصَدق »[1] قال الترمذي : هذا حديث صحيح .

وقال ﷺ : « التاجرُ الصدوقُ الأمينُ معَ النبيينَ والصديقينَ والشهداءِ »[2] . قال الترمذي : هذا حديث حسن .

وأما المعنى ؛ فلأن حاجة الإنسان تتعلق بما في يد صاحبه ، وصاحبه[3] لا يبذله بغير عوض ففي تجويز البيع طريق إلى وصول كل واحد منهما إلى غرضه ودفع حاجته .

وأما الإجماع فأجمع المسلمون على جواز البيع في الجملة .

قال المصنف رحمه الله : **(وهو مبادلة المال بالمال لغرض التملك . وله صورتان : إحداهما : الإيجاب والقبول ؛ فيقول البائع : بعتك أو ملكتك ونحوهما ، ويقول المشتري : ابتعت أو قبلت وما في معناهما)** .

أما قول المصنف رحمه الله : وهو مبادلة المال بالمال لغرض التملك فبيان لمعنى البيع في اللغة . واشتقاقه من الباع لأن كل واحد من المتعاقدين يمد باعه للأخذ والإعطاء .

---

(١) أخرجه الترمذي في جامعه (١٢١٠) ٣: ٥١٥ كتاب البيوع، باب ما جاء في التجار وتسمية النبي ﷺ إياهم.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢١٤٦) ٢: ٧٢٦ كتاب التجارات، باب التوقي في التجارة.

(٢) أخرجه الترمذي في جامعه (١٢٠٩) الموضع السابق.
وأخرجه الدارمي في سننه (٢٥٣٥) ٢: ١٧٠ كتاب البيوع، باب في التاجر الصدوق.

(٣) ساقط من هـ.

وأما الإجماع فأجمع المسلمون على جواز البيع في الجملة .

قال المصنف رحمه الله : (**وهو مبادلة المال بالمال لغرض التملك . وله صورتان : إحداهما : الإيجاب والقبول ؛ فيقول البائع : بعتك أو ملكتك ونحوهما ، ويقول المشتري : ابتعت أو قبلت وما في معناهما**) .

أما قول المصنف رحمه الله : وهو مبادلة المال بالمال لغرض التملك فبيان لمعنى البيع في اللغة . واشتقاقه من الباع لأن كل واحد من المتعاقدين يمد باعه للأخذ والإعطاء .

وأما في الشرع فقيل : هو عبارة عن الإيجاب والقبول . وزاد القاضي : إذا تضمن عينين للتمليك .

قال المصنف في المغني : وهو قاصر -يعني حد القاضي- إذ يخرج منه المعاطاة ويدخل فيه عقود سوى البيع .

وأما قوله : وله صورتان فمعناه أنه ينعقد بكل واحدة من الصورتين المذكورتين .

وأما كونه ينعقد بالإيجاب والقبول ؛ فلأنه صريح فيه فانعقد به كسائر الصرائح .

والإيجاب هو : الصادر من قبل البائع ، والقبول : هو الصادر من قبل المشتري .

وأما قوله : فيقول البائع ... إلى آخره فتفسير للإيجاب والقبول .

وينعقد البيع بما صرح به المصنف وبكل قول يدل عليه لدلالته على المقصود .

قال : (**فإن تقدم القبول الإيجاب جاز في إحدى الروايتين ، وإن تراخى القبول عن الإيجاب صح ما داما في المجلس ولم يتشاغلا بما يقطعه ، وإلا فلا**) .

أما كون تقدم القبول الإيجاب يجوز في روايةٍ ؛ فلأن المعنى حاصل بذلك فوجب أن يجوز كما لو تأخر .

وأما كونه لا يجوز في روايةٍ ؛ فلأن القبول رتبته التأخر فلم يجز تقدمه كما لو تقدم في النكاح .

⇦

(١) ساقط من هـ.

وذكر المصنف في المغني أنه إن تقدم بلفظ الاستفهام مثل أن يقول : أتبيعني ثوبك بكذا ؟ فيقول : بعتك لم يصح لأنه ليس بقبول ولا استدعاء ، وإن تقدم بلفظ الماضي مثل أن يقول : ابتعت منك فيقول : بعتك صح لأنه متضمن معنى القبول حقيقة .

وقال أبو الخطاب : فيه رواية أنه لا يصح قياساً على تقدمه بلفظ الطلب .

وإن تقدم بلفظ الطلب مثل أن يقول : بعني ثوبك فيقول : بعتك فذكر القاضي فيه روايتين :

إحداهما : يصح؛ لأن ذلك يتضمن معنى القبول فصح كما لو كان بلفظ الماضي .

والثانية : لا يصح؛ لأنه لفظ لو تأخر عن الإيجاب لم يصح به البيع فلم يصح إذا تقدم كلفظ الاستفهام .

ولأنه عقد عري عن القبول فلم يصح كما لو لم يطلب .

وأما كون القبول إذا تراخى عن الإيجاب يصح ما دام المتبايعان في المجلس و لم يتشاغلا بما يقطع البيع ؛ فلأن المجلس مُنَزّلٌ منزلة العقد في كثير من الأحكام فليكن هاهنا كذلك .

وأما كونه لا يصح إذا تراخى عن الإيجاب حتى انقضى المجلس ؛ فلأنه لما بَعُد صار كلا قبول .

وأما كونه لا يصح إذا تشاغلا بما يقطعه ؛ فلأنهما إذا تشاغلا بذلك صارا كالمعرضين عن البيع فلم يصح بعد ذلك كما لو صرح بالرد .

قال : (والثانية : المعاطاة مثل[1] أن يقول : أعطني بهذا الدينار خبزاً فيعطيه ما يرضيه ، أو يقول البائع : خذ هذا بدرهم فيأخذه . وقال القاضي : لا يصح هذا إلا في الشيء اليسير) .

أما كون الصورة الثانية من صور البيع : المعاطاة . وهي منصوص الإمام أحمد واختيار المصنف ؛ فلأن البيع موجود قبل الشرع وإنما الشرع علق عليه أحكاماً و لم يعين له لفظاً فيجب أن يرجع فيه إلى العرف كالقبض والحِرْز .

(١) في هـ: وهو.

ولأن المسلمين في أسواقهم وبياعاتهم على ذلك و لم ينقـل عـن النبي ﷺ ولا عـن الصحابـة استعمال إيجـاب وقبـول في بياعاتـهم ولـو كـانوا يسـتعملون ذلـك في جميـع بياعاتهم لنقل نقلاً شائعاً .

ولأن البيع مما تعم به البلوى فلو اشترط له ذلك لبينه النـبي ﷺ بيانـاً[1] عامـاً شـافياً و لم يخف حكمه؛ لأنه يفضي إلى وقوع العقود الفاسدة كثيراً .

وأمـا قـول المصنـف رحمـه الله : مثـل أن يقـول . . . إلى فيأخذه ؛ فبيـان لصـــورة المعاطاة .

وأما كون المعاطاة لا تصح في الشيء الكثير على قول القـاضي ؛ فـلأن البيـع عقـد معاوضة فكان الإيجاب والقبول من شروطه كالنكاح .

وأما كونها تصح في الشـيء اليسـير ؛ فـلأن اعتبـار ذلـك فيـه يشـق فيسـقط دفعـاً للمشقة .

---

(١) ساقط من هـ.

فصل (في شروط البيع)

قال المصنف رحمه الله : (ولا يصح إلا بشروط سبعة :

أحدها : التراضي به ، وهو أن يأتيا به اختياراً ، فإن كان أحدهما مكرهاً لم يصح إلا أن يكره بحقٍّ كالذي يكرهه الحاكم على بيع ماله لوفاء دينه) .

أما كون البيع لا يصح إلا بشروط سبعة فلما يأتي ذكره في مواضعها .

وأما[1] كون أحد الشروط السبعة : التراضي من كل واحد من البائع والمشتري إذا لم يكن ذلك واجباً عليهما فلقوله تعالى : ﴿إلاّ أنْ تكونَ تِجَارَةً عن تراضٍ منكم﴾ [النساء: ٢٩].

ولأن حق كل واحد منهما متعلق بماله فلم يجز إزالة ملكه عنه بغير رضاه . وإلى مثل هذا وقعت الإشارة بقوله ﷺ : « لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه »[2] .

وأما قول المصنف رحمه الله : وهو أن يأتيا به اختياراً فتفسير للتراضي منهما .

وأما كون البيع لا يصح إذا كان أحد المتبايعين مكرهاً بغير حق ؛ فلأن تراضيهما شرط و لم يوجد .

وأما كون التراضي في المكره بحق كالذي ذكره المصنف رحمه الله لا يشترط ؛ فلأن المراد[3] حصول وفاء الدين فلو منع الإكراهُ صحتَه لاتخذ ذلك من عليه الدين وسيلة إلى عدم الوفاء .

---

(١) في هـ: أما.

(٢) أخرجه أحمد في مسنده (٢٠٧١٤) ٥: ٧٢.

وأخرجه الدارقطني في سننه (٩٢) ٣: ٢٦ كتاب البيوع. كلاهما عن أبي حرة الرقاشي عن عمه.

(٣) في و: الغرض.

فصل (الشرط الثاني)

قال المصنف رحمه الله : (الثاني : أن يكـون العـاقد جـائز التصـرف ، وهـو : المكلـف الرشيد ، إلا الصـبي المميز والسـفيه فإنـه يصـح تصرفـهما بـإذن وليـهما في إحـدى الروايتين ، ولا يصح بغير إذنه إلا في الشيء اليسير) .

أما كون ثاني الشروط[1] السبعة لصحة البيع : أن يكون العاقد غير الصبي والسفيه جائز التصرف ؛ فلأن البيع قولٌ يشترط له الرضى فاشـترط في عـاقده جـواز التصـرف كالإقرار .

وأما قول المصنف رحمه الله : وهو المكلف الرشيد فتفسير لجائز التصـرف . والمـراد بالمكلف العاقل البالغ .

فعلـى هـذا لا يصـح بيـع طفـل ولا مجنـون ولا سـكران ولا نـائم ولا مبرسـم ولا شراءه؛ لأن كل واحد منهم لا عقل له .

وأما كون تصرف الصبي المميز والسفيه بإذن وليهما يصح في روايةٍ : أما في الصبي فلقوله تعالى : ﴿وابتلوا اليتامى﴾ [النساء:٦] أي اختبروهم وإنما يتحقق الاختبـار بتفويـض البيع والشراء إليه .

ولأنه عاقل فصح تصرفه بإذن وليه وإن كان محجوراً عليه كالعبد .

وأما في السفيه ؛ فلأنه إذا صـح تصـرف المميز بـإذن وليـه ؛ فـلأن يصـح تصـرف السفيه بإذن وليه بطريق الأولى .

وأما كونه لا يصح في روايةٍ ؛ فلما تقدم في غيرهما .

وأما كونه لا يصح بغير إذن وليهما في الشيء الكثير ؛ فللدلالة على اشتراط جـواز التصرف السالم عن معارضة دليل صحة تصرفهما بإذن وليهما .

---

(١) في هـ : أما كون الثاني من الشروط .

وأما كونه يصح في الشيء اليسير ؛ فلأن الحكمة الحاملة على الحجر عليهما خوف ضياع مالهما بتصرفهما وذلك في اليسير مفقود .

وعن أبي الدرداء « أنه اشترى من صبي عصفوراً وأطلقه » .

فصل (الشرط الثالث)

قال المصنف رحمه الله : (الثالث : أن يكون المبيع مالاً وهو ما فيه منفعة مباحة من غير ضـرورة ، فيجوز بيع البغل والحمار ودود القز وبزره والنحل منفرداً وفي كواراته) .

أما كون ثالث الشروط[1] السبعة لصحة البيع : أن يكون المبيع مالاً ؛ فلأنـه مقـابل بالمال .

ولأن البيع مبادلة المال بالمال .

وأما قول المصنف رحمه الله : وهو ما فيه منفعة مباحة من غـير ضـرورة فتفسـير للمال . وفي تقييده بما فيه منفعة احتراز عما لا نفع فيـه كالحشـرات ، وفي تقييـد المنفعـة بالإباحة احتراز عما فيه منفعة محرمة كالخمر والخنزير ، وفي تقييد الإباحة بغـير ضـرورة احتراز عما فيه منفعة مباحة للضـرورة كـالكلب . ولـو قـال المصنـف رحمـه الله : لغير حاجة كان جيداً لأن اقتناء الكلب يحتاج إليه ولا يضطر إليه .

وأما كون بيع البغل والحمار يجوز ؛ فلأنهما يشتملان على جميع ما ذكر .

ولأن الناس يتبايعونهما من الأعصار المتقدمة من غير نكير فكان ذلك كالإجماع .

وأما كون بيع دود القز يجوز ؛ فلأنه يشتمل على ما ذكر .

ولأنه حيوان يجوز اقتناؤه لغرض التملك لما يخرج منه أشبه البهائم .

وأما كون بيع بزره يجوز ؛ فلأنه منتفع به في المال أشبه ولد الفرس .

وأما كون بيع النحل يجوز ؛ فلأنه يشتمل على ما ذكر .

---

(١) في هـ : أما كون الثالث من الشروط .

ولأنه حيوان طاهر يخرج من بطونه شراب فيه منافع للناس فجاز بيعه كبهيمة الأنعام . ولا فرق بين كونها منفردة مشاهدة وبين كونها في كواراتها لإمكان مشاهدتها بفتح رأسها .

وقال القاضي : لا يجوز لأن بعضها لا يشاهد وهو أميرها .

ولأنها لا تخلو من عسل يكون مبيعاً وهو مجهول .

والأول أولى لما ذكر لأن خفاء البعض لا يمنع الصحة كبيع الصبرة ، وكما لو باع شيئاً في وعاء لا يشاهد إلا ظاهره .

ولأن ما فيه من العسل يدخل تبعاً ولا تضر جهالته كأساسات الحيطان .

قال : (ويجوز بيع الهر والفيل وسباع البهائم التي تصلح للصيد في إحدى الروايتين إلا الكلب اختارها الخرقي ، والأخرى لا يجوز اختارها أبو بكر).

أما كون بيع الهر يجوز في روايةٍ ؛ فلأنه حيوان يجوز اقتناؤه والانتفاع به من غير حاجة فجاز بيعه كالبغل والحمار .

وأما كونه لا يجوز في روايةٍ فلما روى جابر « أن النبي ﷺ نهى عن ثمن الهر »[١] رواه أبو داود .

وعن جابر « أنه سئل عن ثمن السنور فقال : زجر رسول الله ﷺ عن ذلك »[٢] رواه مسلم .

والأولى أولى ؛ لما تقدم . وما ذُكر من الحديث محمول على ما ليس بمملوك ، أو على بيع الهر البري ، أو على ما لا منفعة فيه ؛ لأن فيه جمعاً بينه وبين المعنى المذكور .

وأما كون بيع الفيل وسباع البهائم التي تصلح للصيد غير الكلب يجوز في روايةٍ ؛ فلأنه حيوان يجوز اقتناؤه والانتفاع به من غير وعيد ورد في جنسه فجاز بيعه كالبغل والحمار .

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٨٠٧) ٣: ٣٥٦ كتاب الأطعمة، باب النهي عن أكل السباع.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٢٨٠) ٣: ٥٧٨ كتاب البيوع ، باب ما جاء في كراهية ثمن الكلب والسنور . نحوه.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٣٢٥٠) ٢: ١٠٨٢ كتاب الصيد ، باب الهرة . نحوه .

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه (١٥٦٩) ٢: ١١٩٩ كتاب المساقاة، باب تحريم ثمن الكلب...

فإن قيل : ما المراد بقول المصنف : يصلح للصيد؟

قيل : يحتمل أنـه أراد كونـها معلمـة حالـة البيـع . فعلـى هـذا لا يصـح بيعـها قبـل التعليم ، ويحتمل أنه أراد به كونها قابلة للتعليم . وهو أولى المحملين ، وإن كـان خـلاف ظاهر اللفظ لأنه قال في المغني : ما ليس بمعلم ولا يقبل التعليم لا يجوز بيعه لعدم النفـع ، وإن كان أمكن تعليمه فالأولى جواز بيعه ليُعلّم ، وقاسه على اقتناء الجـرو الصغـير وبيـع الجحش الصغير .

فإن قيل قول المصنف رحمه الله : إلا الكلب ما هو؟

قيل : استثناء من جواز البيع المختلف فيه لأن بيعه لا يجوز رواية واحـدة لمـا يذكـر بعد إن شاء الله تعالى .

وأما كـون بيـع الفيـل وسبـاع البـهائم لا يجـوز في روايـةٍ ؛ فلأنـها نجسـة أشـبهت الكلب .

والأول أصح لما ذكر . وفارق الكلب من حيث إنها يجوز اقتناؤها مطلقـاً بخـلاف الكلب فإنه لا يجوز إلا لأحد أسباب ثلاثة .

ولأن جواز اقتناء الكلب للحاجة بخلاف ما ذكر .

قال : (ويجوز بيع العبـد المرتـد والمريـض ، وفي بيـع الجـاني والقـاتل في المحاربة ولبـن الآدميات وجهان) .

أما كون بيع العبد المرتد يجوز فلحصـول النفـع بـه إلى وقـت قتلـه وربمـا رجـع إلى الإسلام فيحصل فيه كمال النفع .

وأما كون بيع العبد المريض يجوز ؛ فلأن خشية الهلاك لا تمنع صحة البيع دليله بيـع العبد المرتد .

وأما كون بيـع العبـد الجـاني يجـوز في وجـهٍ ؛ فـلأن قتلـه غـير متحتـم فجـاز بيعـه كالمرتد .

وأما كونه لا يجوز في وجهٍ ؛ فلأنه تعلق برقبته حق آدمي فمنع جواز بيعه كـالرهن بل حق الجناية آكد لأنها تقدم على الرهن .

والأول أولى ؛ لما ذكر .

ولأنه حق غير مستقر في الجاني يملك أداؤه من غيره فلم يمنع البيع كالزكاة ، أو حق ثبت بغير رضا سيده فلم يمنع بيعه كالدين في ذمته ، أو تصرف في[1] الجاني فجاز كالعتق . وفارق الرهن من حيث إنه حق متعين فيه لا يجوز إبداله ومن حيث إنه يثبت الحق فيه برضى المالك .

وأما كون بيع القاتل في المحاربة يجوز في وجهٍ ؛ فلأنه ينتفع به إلى حين قتله ويعتقه فيجر ولاء ولده فجاز بيعه كالمريض .

وأما كونه لا يجوز في وجهٍ ؛ فلأنه متحتم القتل فلا منفعة فيه أشبه الميت .

وأما كون بيع لبن الآدميات يجوز في وجهٍ ؛ فلأنه طاهر ينتفع به فجاز بيعه كلبن الشاة .

وأما كونه لا يجوز في وجهٍ ؛ فلأنه مائع خرج من آدمية أشبه العرق .

ولأنه من الآدمي فلم يجز بيعه كسائر أجزائه .

قال : (وفي جواز بيع المصحف وكراهة شرائه وإبداله روايتان) .

أما كون بيع المصحف لا يجوز في روايةٍ فلما في ذلك من صيانته .

وأما كونه يجوز في روايةٍ « فلأن ابن عباس سئل عن ذلك . فقال : لا بأس . يأخذون أجور أيديهم » .

والأولى أولى لما ذكر .

ولأنه قول جماعة من الصحابة منهم ابن عمر وأبو موسى وسعيد بن جبير . ولم يُعرف لهم مخالف في عصرهم . فكان إجماعاً .

قال الإمام أحمد : لا أعلم في بيع المصحف رخصة .

وقال ابن عمر : « وددت أن الأيدي تقطع في بيعها »[2] . أي في بيع المصاحف .

ولأنه مشتمل على كلام الله فوجب صيانته عن البيع .

---

(١) ساقط من هـ .

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٢٠٢٠٢) ٤: ٢٩٢ كتاب البيوع والأقضية ، من كره شراء المصاحف.

وأخرجه عبدالرزاق في مصنفه (١٤٥٢٥) ٨: ١١٢ كتاب البيوع ، باب بيع المصاحف.

وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦: ١٦ كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع المصاحف.

وأما كون شرائه يكره في روايةٍ ؛ فلأنه وسـيلة إلى البيـع المتضمـن إذلال المصحـف فإذا لم يحرم فلا أقل من أن يكره .

وأما كونه لا يكره في روايةٍ ؛ فلأنه اسـتنقاذ للمصحـف فوجـب جـوازه مـن غـير كراهة كشراء المسلم من الكفار ومع كونه حراً محرم البيع .

وأما كون إبداله يكره في روايةٍ ؛ فلأنه بيع في الجملة فإذا لم يحـرم فـلا أقـل مـن أن يكره .

وأما كونه لا يكره في روايةٍ ؛ فلأن البيع إنما منع منه لما فيه من الرغبة عن المصحف وذلك مفقود في الإبدال .

ومراد المصنف بالكراهة كراهة تنزيه لا كراهة تحريم لأنه عطفـه علـى جـواز البيـع فلو أراد كراهة التحريم[1] لكان عطف الشراء على البيع وأسقط الكراهـة . فعلى هـذا الفرق بين البيع والشراء والإبدال هو أن البائع في معنى الراغـب مـع أنـه لا اسـتنقاذ فيـه بخلاف الشراء والإبدال .

قال الإمام أحمد : لا أعلم في بيع المصحف رخصة . ورخص في شرائه .

وقد صرح صاحب النهاية فيها أنه لا يصلح بيـع المصحـف ولا شـراؤه ولا إبدالـه لأن جميع ذلك إذلال ، والمصحف محترم فتنافيا . وفارق الشـراء هنـا شـراء الأسـير مـن حيث إن شراء الأسير تدعو الحاجة إليه بخلاف المصحف .

فعلى هذا يجوز أن يكون المراد[2] بالكراهة هنا كراهة تحريم .

قال : (ولا يجوز بيع الحشرات والميتة ولا شيء منها ولا سباع البهائم التي لا تصلـح للصيد ولا الكلب ولا السرجين النجس ولا الأدهان النجسـة . وعنـه : يجوز بيعها لكافر يعلم نجاستها ، وفي جواز الاستصباح بها روايتان . ويخرج على ذلك جواز بيعها) .

أما كون بيع الحشرات لا يجوز ؛ فلأنه لا منفعة فيـها وقـد تقـدم اشـتراط النفـع في جواز البيع .

(١) ساقط من هـ .

(٢) مثل السابق.

وأما كون بيع الميتة لا يجوز ؛ فلأن جابراً قال : « سمعت رسول الله ﷺ وهو بمكة يقول : إن الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والأصنام »[1] متفق عليه .

وأما كون بيع شيء منها لا يجوز ؛ فلأن ما لا يجوز بيع كله لا يجوز بيع شيء منه دليله بيع الخمر وغيره .

وأما كون بيع سباع البهائم التي لا تصلح للصيد لا يجوز ؛ فلأنها لا نفع فيها أشبهت الحشرات .

وأما كون بيع الكلب لا يجوز فلما روى أبو مسعود الأنصاري « أن رسول الله ﷺ نهى عن ثمن الكلب »[2] .

وقال ﷺ : « ثمن الكلب خبيث »[3] متفق عليهما .

وروي عن ابن عباس أنه قال : « نهى رسول الله ﷺ عن ثمن الكلب. قال : وإن جاء يطلب ثمنه فاملؤا كفه تراباً »[4] رواه أبو داود .

ولأنه حيوان نهي عن اقتنائه في غير حال الحاجة إليه أشبه الخنزير ، أو حيوان نجس العين أشبه الخنزير .

وأما كون بيع السرجين النجس لا يجوز ؛ فلأنه نجس مجمع على نجاسته فلم يجز بيعه كالميتة .

وأما كون بيع الأدهان النجسة لا يجوز على المذهب ؛ فلأن رسول الله ﷺ قال : « إن الله تعالى إذا حرم شيئاً حرم ثمنه »[1] .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢١٢١) ٢: ٧٧٩ كتاب البيوع، باب بيع الميتة والأصنام.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٨١) ٣: ١٢٠٧ كتاب المساقاة، باب تحريم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٥٠٣١) ٥: ٢٠٤٥ كتاب الطلاق، باب مهر البغي والنكاح الفاسد.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٦٧) ٣: ١١٩٨ كتاب المساقاة، باب تحريم ثمن الكلب...

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه (١٥٦٨) ٣: ١١٩٩ كتاب المساقاة، باب تحريم ثمن الكلب... ولم أره عند البخاري.
وأخرجه أبو داود في سننه (٣٤٢١) ٣: ٢٦٦ كتاب البيوع، باب في كسب الحجام.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٢٧٥) ٣: ٤٩٢ كتاب البيوع، باب ما جاء في ثمن الكلب.
وأخرجه أحمد في مسنده (١٥٨٤٤) ٣: ٤٦٤.

(٤) أخرجه أبو داود في سننه (٣٤٨٢) ٣: ٢٧٩ كتاب البيوع، باب في أثمان الكلاب.

ولأنها نجسة فلم يجز بيعها كشحم الميتة .

وأما كونه يجوز لكافر يعلم نجاستها على روايةٍ ؛ فلأنه يعتقد حل ذلـك . واشـترط المصنف رحمه الله الكفـر لأجـل الاعتقـاد المجـوز لأن ذلـك لا يوجـد في غـيره . والعلـم بنجاستها المراد به اعتقاد الطهارة[2] لأن نفس العلم بالنجاسة ليس شرطاً في بيـع الثـوب النجس فكذا هاهنا .

وأما كون الاستصباح بذلك يجوز في روايـةٍ ؛ فلأنـه انتفـاع مـن غـير ضـرر أشـبه الانتفاع بالجلد اليابس .

وأما كونه لا يجوز في روايةٍ ؛ فلأنه دهن نجـس فلـم يجـز الاستصباح بـه كشـحم الميتة .

وأما كون جواز بيعها يخرج على جواز الاستصباح بها ؛ فلأنها تصير بذلك منتفعاً بها فجاز بيعها كالبغل والحمار .

⇦

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٤٨٨) ٣: ٢٨٠ كتاب البيوع، باب في ثمن الخمر والميتة. بلفـظ: «... وإن الله إذا حرم على قوم أكل شيء حرم عليهم ثمنه... ».

وأخرجه أحمد في مسنده (٢٢٢١) ١: ٢٤٧.

(٢) في هـ : والعلم بنجاستها والمراد اعتقاد الطهارة بها .

فصل (الشرط الرابع)

قال المصنف رحمه الله: (الرابع: أن يكون مملوكاً له أو مأذوناً له في بيعه، فإن باع ملك غيره بغير إذنه أو اشترى بعين ماله شيئاً بغير إذنه لم يصح. وعنه: يصح ويقف على إجازة المالك، وإن اشترى له في ذمته بغير إذنه صح، فإن أجازه من اشتري له ملكه، وإلا لزم من اشتراه، ولا يجوز أن يبيع ما لا يملكه ليمضي ويشتريه ويسلمه).

أما كون رابع الشروط[1] السبعة لصحة البيع أن يكون مملوكاً للبائع أو مأذوناً له في بيعه؛ فلأن قول النبي ﷺ: «لا تبع ما ليس عندك»[2] يدل على اشتراط كون البيع مملوكاً للبائع. ترك العمل به في المأذون له لقيامه مقام[3] المالك في ملك البيع لأن المالك نزله منزلة نفسه.

ولأن المنع من بيع ملك الغير إنما كان من أجل ذلك الغير فإذا أذن فيه زال ذلك.

ولأن الحاجة داعية إلى التوكيل في البيع لكون الموكِّل غائباً أو محبوساً لا يمكن حضور المشتري معه أو ما أشبه ذلك فلو لم يقم الإذن مقام الملك في ملك البيع لأدى إلى الحرج والمشقة فوجب أن يبقى فيما عداه على مقتضاه.

فإن قيل: ما ليس عندك ليس فيه ذكر الملك؟

قيل: معناه ما ليس في ملكك[4] لأن صدر الحديث: «يأتيني الرجل يلتمس مني ما ليس عندي فأمضي إلى السوق فأشتريه»[5].

---

(١) في هـ: أما كون الرابع من الشروط.

(٢) سيأتي تخريجه ص: ٣٨٨.

(٣) ساقط من هـ.

(٤) في هـ: ملك.

(٥) سيأتي تخريجه ص: ٣٨٨.

وأما كون بيع الغير ملك غيره بغير إذنه وشرائه بعين مال غـيره شيئاً بغير إذنـه لا يصح على المذهب ؛ فلأن كون المبيع[1] مملوكـاً أو مأذونـاً في التصرف فيـه شـرط في صحته لما تقدم والشيء يفوت بفوات شرطه .

وأما كونه يصح ويقف على إجازة المالك على روايةٍ : أما كونه يصـح فلمـا روى عروة بن الجعد البارقي «أن النبي ﷺ أعطاه ديناراً ليشتري به شاة . فاشترى به شـاتين . ثم باع إحداهما بدينار في الطريق . قال : فأتيت[2] النبي ﷺ بالدينـار وبالشـاة . فقـال : بارك الله لك في صفقة يمينك»[3] رواه الإمام أحمد والأثرم .

وأما كون الصحة تقف على إجازة المالك ؛ فلأنه لو صح من غـير إجـازة المـالك لتضرر المالك لتمكن الغير من بيع ملكه .

ولأنه عقد ، له مجيز حال وقوعه ، فوقف على إجازته كالوصية لأجنبي بزيادة على الثلث حيث يقف على الوارث .

والأول أولى لما تقدم .

وأما حديث عروة فمحمول على أنه كان وكيـلاً مطلقـاً بدليـل أنـه سـلم وتسـلم وليس ذلك لغير المالك والوكيل المطلق .

وأما كون شراء غير المالك له في ذمته بغير إذن المـالك يصـح ؛ فلأنـه متصـرف في ذمته وهي قابلة للتصرف .

وأما كون من اشتُري له ذلك يملكه إذا أجـاز المشـترى لـه ؛ فلأنـه اشـتُري لأجلـه ونزل المشتري نفسه منزلة الوكيل فملكه من اشتُري له كما لو أذن له في ذلك .

وأما كون الشراء يلزم من اشتراه إذا لم يجزه من اشتُري له ؛ فلأن التصرف صحيح لما تقدم ولا يلزم من اشتُري له قبوله لأنه لم يأذن فيه فتعين كونه للمشتري .

---

(١) في هـ : البيع.

(٢) في هـ: أتيت.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٣٤٤٣) ٣: ١٣٣٢ كتاب المناقب، باب سؤال المشركين أن يريهم النبي ﷺ آية...

وأخرجه أبو داود في سننه (٣٣٨٤) ٣: ٢٥٦ كتاب البيوع ، باب في المضارب يخالف.

وأخرجه الترمذي في جامعه (١٢٥٨) ٣: ٥٥٩ كتاب البيوع، باب .

وأخرجه أحمد في مسنده (١٩٣١٦) ٤: ٣٧٦.

وأما كونه لا يجوز أن يبيع ما لا يملكه ليمضي ويشتريه ويسلمه فلما روى حكيم بن حزام أنه قال للنبي ﷺ : « إن الرجل يأتيني يلتمس مني ما ليس عندي فأمضي إلى السوق فأشتريه ثم أبيعه منه . فقال : لا تبع ما ليس عندك »[1] رواه الترمذي . وقال : حديث صحيح .

قال : (ولا يصح بيع ما فتح عنوة ولم يُقسم كأرض الشام والعراق ومصر ونحوها إلا المساكن وأرضاً من العراق فتحت صلحاً وهي الحيرة وألّيس وبانقيا وأرض بني صلوبا ؛ لأن عمر رضي الله عنه وقفها على المسلمين وأقرها في أيدي أربابها بالخراج الذي ضربه أجرة لها في كل عام ولم يقدر مدتها لعموم المصلحة فيها . وتجوز إجارتها ، وعن أحمد أنه كره بيعها وأجاز شراءها) .

أما كون بيع ما فتح عنوة ولم يقسم كأرض الشام والعراق ومصر غير المساكن لا يصح على المذهب فلما ذكره المصنف من أن عمر رضي الله عنه وقفها[2] . روي ذلك في قصص اشتهرت عنه .

وأما قوله رحمه الله : ولم يقدر مدتها لعموم المصلحة فيها فجواب عن إشكال مقدر لأنه لما قال : وأقرها في أيدي أربابها بالخراج الذي ضربه أجرة لها توجه لقائل أن يقول : الإجارة يجب تقدير مدتها فأشار إلى الفرق من حيث إن عموم المصلحة موجود هنا بخلاف ما إذا أجر إنسان ملكه . فأطلق عمر رضي الله عنه المدة لذلك .

وأما كون بيع المساكن مما فتح عنوة ولم يقسم يصح فـ « لأن الصحابة اقتطعوا الخطط في الكوفة والبصرة في زمن عمر وبنوها مساكن وتبايعوها » من غير نكير فكان إجماعاً .

وأما كون بيع الأراضي التي سماها المصنف رحمه الله من الحيرة ... إلى آخره يصح ؛ فلما أشار إليه من أنها فتحت صلحاً لا عنوة .

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٥٠٣) ٣: ٢٨٣ كتاب البيوع، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٢٣٢) ٣: ٥٣٤ كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك.
وأخرجه النسائي في سننه (٤٦١٣) ٧: ٢٨٩ كتاب البيوع، باب بيع ما ليس عند البائع.

(٢) أخرجه أبو عبيد في الأموال (١٤٧) ص: ٥٩ كتاب فتوح الأرضين صلحاً، باب فتح الأرض تؤخذ عنوة...

وأما كون إجارتها تجوز ؛ فلأنها مؤجرة في يد أربابها وإجارة المؤجر جائزة .

وأما كونه يكره بيعها ويجوز شراؤها على روايةٍ : أمـا الكراهـة فللاختـلاف في بيعها ، وأما الشراء ؛ فلأنه في معنى الاستنقاذ .

قال : (ولا يجوز بيع رباع مكة ولا إجارتها . وعنه : يجوز ذلك) .

أما كون بيع رباع مكة لا يجوز على المذهب ؛ فلأنها فتحت عنوة و لم تقسم : أما كونها فتحت عنوة ؛ فلأن النبي ﷺ قال : « إن الله حبس عن مكة الفيل وسلط رسولَه والمؤمنين . وإنما أُحِلّت لي ساعة من نهار »[1] متفق عليه .

و « لأن أم هانئ قالت : يا رسول الله! إني أجرت حموين لي فزعـم ابنُ أمـي أنـه قاتلهما . فقال النبي ﷺ : قد أجرنا من أجرت »[2] .

و « لأن ابن خطل ومقيس بن ضبابة قتلا بها حين فتحت »[3] ولو فتحت صلحـاً لم يجز قتل أهلها .

وأما كونها لم تقسم فبـالنقل عـن أئمـة الأثـر ، وإذا فتحـت عنـوة و لم تقسـم بـين الغانمين صارت وقفاً على المسلمين فلم يجز بيعها كسواد العراق .

ولأن النبي ﷺ قال في مكة : « حرام بيعها حرام إجارتها »[1] .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٣٠٢) ٢: ٨٥٧ كتاب في اللقطة، باب كيف تعرف لقطة أهل مكة.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٣٥٥) ٢: ٩٨٨ كتاب الحج، باب تحريم مكة وصيدها وخلاها...

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٥٨٠٦) ٥: ٢٢٨٠ كتاب الأدب، باب ما جاء في زعموا.
وأخرجه مسلم في صحيحه (٣٣٦) ١: ٤٩٨ كتاب صلاة المسافرين وقصرها، بـاب استحباب صلاة الضحى...

(٣) عن مصعب بن سعد عن أبيه قال: « لما كان يوم فتح مكة أمّن رسول الله ﷺ الناس إلا أربعة نفر وامرأتين وقال: اقتلوهم وإن وجدتموهم متعلقين بأستار الكعبة عكرمة بن أبي جهل وعبد الله بـن خطـل ومقيس بن ضبابة وعبد الله بن سعد بن أبي السرح... ».
أخرجه النسائي في سننه (٤٠٦٧) ٧:١٠٦ كتاب تحريم الدم، الحكم في المرتد.
وأخرجه الدارقطني في سننه (٢٣١) ٣: ٥٩ كتاب البيوع. نحوه.
وأخرجه أبو داود في سننه (٢٦٨٥) ٣:٦٠ كتاب الجهاد، باب قتـل الأسير ولايعرض عليه الإسلام.
بلفظ: « أن رسول الله ﷺ دخل مكة عام الفتح وعلى رأسه المغفر فلمـا نزعـه جـاءه رجـل فقـال: ابـن خطل متعلق بأستار الكعبة فقال: اقتلوه ».
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٦٩٣) ٤:٢٠٢ كتاب الجهاد، بـاب مـا جـاء في المغفـر. نحـو لفـظ أبي داود.

وأما كونه يجوز على روايةٍ ؛ فلأنه روي أنها فتحت صلحاً؛ لأن النبي ﷺ قال : « من دخل دار أبي سفيان فهو آمن ، ومن ألقى السلاح فهو آمن ، ومن دخل المسجد فهو آمن »[2] . وإذا فتحت صلحاً كانت لأهلها فجاز بيعها كسائر الأملاك .

ويؤيد ذلك ما روي « أن عمر رضي الله عنه اشترى من صفوان بن أمية داراً بأربعة آلاف درهم »[3] ، و « اشترى معاوية من حكيم بن حزام دارين بمكة : إحداهما بستين ألفاً ، والأخرى بأربعين ألفاً »[4] .

وظاهر كلام المصنف في المغني وصاحب النهاية فيها ترجيح الرواية الأولى لما تقدم .

وأجابا عن فعل عمر بأنه كان على سبيل الاستنقاذ لأنه اشترى ذلك لمصلحة المسلمين لأنه عمله سجنا ، ويؤيده فعله ذلك في أرض السواد .

وأما كون إجارتها لا تجوز على المذهب فلما تقدم من قوله : « حرام إجارتها »[5] .

وروي « أن سفيان سكن بعض رباع مكة وهرب و لم يعطهم أجرة » .

وأما كونها تجوز على روايةٍ فلما تقدم من أنها فتحت صلحاً .

⇨

(١) أخرجه الدارقطني في سننه (٢٢٣) ٣: ٥٧ كتاب البيوع.

وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦: ٣٥ كتاب البيوع، باب ما جاء في بيع دور مكة...

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه (١٧٨٠) ٣: ١٤٠٧ كتاب الجهاد والسير، باب فتح مكة.

وأخرجه أبو داود في سننه (٣٠٢٤) ٣:١٦٣ كتاب الخراج والإمارة والفيء، باب ماجاء في خبر مكة.

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦: ٣٤ كتاب البيوع، باب ما جاء في بيع دور مكة...

(٤) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦: ٣٥ كتاب البيوع، باب ما جاء في بيع دور مكة... بلفظ: قال: « باع حكيم بن حزام دار الندوة من معاوية بن أبي سفيان بمائة ألف... ».

(٥) تقدم تخريجه ص: ٣٨٩.

قال: (ولا يجوز بيع كل ماء عدٍّ؛ كمياه العيون، ونقع البئر. ولا ما في المعادن الجارية[1]؛ كالملح، والقار، والنفط. ولا ما ينبت في أرضه من الكلأ، والشوك. ومن أخذ منه شيئاً ملكه إلا أنه لا يجوز له دخول ملك غيره بغير إذنه. وعنه: يجوز بيع ذلك).

أما كون بيع الماء لا يجوز على المذهب فـ « لأن النبي ﷺ نهى أن يباع الماء »[2] رواه الأثرم.

ولأن الماء لا يملك على الصحيح من المذهب لأن رجلاً من أصحاب النبي ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: « المسلمون شركاء في ثلاث: النار والكلأ والماء »[3] رواه أبو داود وابن ماجة.

ولأنه لو كان مملوكاً لم يجز للمستأجر إتلافه لأن الإجارة لا يستحق بها إتلاف الأعيان.

وأما كونه يجوز على روايةٍ؛ فلأنه خارج من ملكه فجاز بيعه كسائر الخارج منه.

وأما كون بيع ما في المعادن الجارية كما مثل المصنف رحمه الله لا يجوز على المذهب؛ فلأن نفعه يعم فلم يجز بيعه كالماء.

وأما كونه يجوز على روايةٍ؛ فلأنه خارج من ملكه أشبه سائر ما يخرج منه.

وأما كون بيع ما ينبت في أرضه من الكلأ والشوك لا يجوز على المذهب فلما تقدم من قوله ﷺ: « المسلمون شركاء في ثلاث. ذكر منها الكلأ »[4].

---

(١) في هـ: الظاهرة.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٣٤٧٨) ٣: ٢٧٨ كتاب البيوع، باب في بيع فَضْل الماء.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٢٧١) ٣: ٥٧١ كتاب البيوع، باب ما جاء في بيع فضل الماء.
وأخرجه النسائي في سننه (٤٦٦٣) ٧: ٣٠٧ كتاب البيوع، بيع فضل الماء.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٤٧٦) ٢: ٨٢٨ كتاب الرهون، باب النهي عن بيع الماء. كلهم عن إياس بن عبد المزني.
قال الترمذي: حديث إياس حسن صحيح، والعمل على هذا عند أكثر أهل العلم.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٣٤٧٧) ٣: ٢٧٨ كتاب البيوع، باب في منع الماء.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٤٧٢) ٢: ٨٢٦ كتاب الرهون، باب المسلمون شركاء في ثلاث. قال في الزوائد: عبدالله بن خِراش قد ضعفه أبو زرعة والبخاري وغيرهما. وقال محمد بن عمار الموصلي: كذاب.

(٤) سبق تخريجه في الحديث السابق.

ولأن نفعه يعم أشبه ما تقدم .

وأما كونه يجوز على روايةٍ فلما تقدم في الماء وما في المعادن .

وأما كون من أخذ من ذلك شيئاً يملكه على القول بعدم جواز بيعه ؛ فلأن ذلك كله من المباحات فوجب أن يملكه آخذه كما لو أخذه من أرض مباحة .

وأما كونه لا يجوز له دخول ملك غيره بغير إذنه ؛ فلأنه متصرف في ملك الغير بغير إذنه وذلك غير جائز .

فإن قيل : فكيف يملكه وقد تعدى؟

قيل : تعديه لا يمنع ملكه كما لو عشش في أرضه[1] طائر ، أو دخل فيها ظبي ، أو نضب الماء عن سمك فدخل إليه داخل وأخذه فإنه يكون متعدياً بالدخول ويملك ما أخذه .

وقال ابن عقيل : يتخرج عندي أنه لا يملك بذلك لأنه سبب حرام فلا يستفاد به الملك كالبيع الفاسد . ولقوله عليه السلام : « من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد »[2] .

فإن قيل : الخلاف المتقدم في الماء وما بعده[3] جار فيما لم يحز من ذلك أو مطلقاً؟

قيل : فيما لم يحز من ذلك ، ولذلك وصف المصنف رحمه الله الماء بالعد لأن العد ما له مادة ، وما حيز لا مادة له ، ولذلك مثل ما لا يجوز بيعه بماء العيون ونقع البئر . فأما ما حِيز كالماء في الإناء والكلأ في العِدْل وما أشبه ذلك فإنه يجوز بيعه بلا خلاف ؛ لأن النبي ﷺ قال : « لأن يأخذ أحدكم حبلاً فيأخذ حزمة من حطب فيبيع ذلك فيكف الله به وجهه خير له من أن يسأل الناس أعطي أو منع »[4] رواه البخاري .

---

(١) في هـ: ملكه.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٥٥٠) ٢: ٩٥٩ كتاب الصلح، باب إذا اصطلحوا على صلح جور فالصلح مردود.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٧١٨) ٣: ١٣٤٣ كتاب الأقضية، باب نقض الأحكام الباطلة ورد محدثات الأمور.

(٣) ساقط من هـ .

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٢٤٤) ٢: ٨٣٦ كتاب المساقاة، باب بيع الحطب والكلأ.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٠٤٢) ٢: ٧٢١ كتاب الزكاة، باب كراهة المسألة للناس.

وعن النبي ﷺ « أنـه نـهى عـن بيـع المـاء إلا مـا حمـل منـه »[1] رواه أبـو عبيـد في الأموال .

ولأن العادة مضت في الأمصار ببيع الماء في الروايا والحطب والكـلأ المُحـازيْن مـن غير نكير .

(١) أخرجه أبو عبيد في الأموال (٧٥٥) ص: ٢٧٨ باب حمى الأرض ذات الكلأ والماء.

فصل (الشرط الخامس)

قال المصنف رحمه الله: (الخامس: أن يكون مقدوراً على تسليمه، فلا يجوز بيع الآبق ولا الشارد ولا الطير في الهواء والسمك في الماء ولا المغصوب إلا من غاصبه أو من يقدر على أخذه).

أما كون خامس الشروط[1] السبعة لصحة البيع أن يكون المبيع مقدوراً على تسليمه؛ فلأن ما لا يقدر على تسليمه شبيه بالمعدوم، والمعدوم لا يصح بيعه فكذا ما يشبهه.

وأما كون بيع الآبق والشارد والطير في الهواء والسمك في الماء لا يجوز؛ فـ «لأن النبي ﷺ نهى عن بيع الغرر»[2] رواه مسلم.

قيل في تفسيره: هو بيع الطير في الهواء والسمك في الماء والآبق. والشارد في معناهما.

ولأن ذلك غير مقدور عليه فلم يجز بيعه لفوات شرطه.

وأما كون بيع المغصوب لا يجوز من غير غاصبه وغير من يقدر على أخذه؛ فلأنه لا يقدر على تسليمه.

---

(١) في هـ: أما كون الخامس من الشروط.

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه (١٥١٣) ٣: ١١٥٣ كتاب البيوع، باب بطلان بيع الحصاة، والبيع الذي فيه غرر.
وأخرجه أبو داود في سننه (٣٣٧٦) ٣: ٢٥٤ كتاب البيوع، باب في بيع الغرر.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٢٣٠) ٣: ٤٩٢ كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع الغرر.
وأخرجه النسائي في سننه (٤٥١٨) ٧: ٢٦٢ كتاب البيوع، بيع الحصاة.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢١٩٤) ٢: ٧٣٩ كتاب التجارات، باب النهي عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر.

وأما كونه يجوز من أحدهما ؛ فلأن المانع من الجواز عدم القدرة على تسليمه وهو معدوم هنا .

فصل (الشرط السادس)

قال المصنف رحمه الله : (السادس : أن يكون معلوماً برؤية أو صفة تحصل بها معرفته . فإن اشترى ما لم يره ولم يوصف له ، [أو رآه][(1)] ولم يعلم ما هو ، أو ذكر له من صفته ما لا يكفي في السَّلَم لم يصح البيع . وعنه : يصح وللمشتري خيار الرؤية) .

أما كون سادس الشروط[(2)] السبعة لصحة البيع أن يكون المبيع معلوماً على المذهب فـ « لأن النبي ﷺ نهى عن بيع الغرر »[(3)] رواه مسلم .

ولأن المجهول يقع فيه التنازع ويتعذر تسليمه .

وأما كون ذلك معلوماً برؤية أو صفة تحصل بها معرفته ؛ فلأن كل واحد منهما إذا عدم لم يكن المبيع معلوماً وذلك شرط لما تقدم .

وفي كلام المصنف رحمه الله إشعار بأن الرؤية والصفة طريق إلى ذلك : أما الرؤية فمتفق عليها لأنها تحصل العلم بحقيقة المبيع .

وأما الصفة فينظر فيها فإن كانت يحصل بها معرفته كالصفة التي تكفي في السَّلَم كان المبيع بها معلوماً لأن الصفة المذكورة تقوم مقام الرؤية في السَّلَم فكذا هنا .

ولأن المبيع يتميز بما يصفه البائع ، والشرع قاض بالاعتماد على قوله . دليله قبول قوله أنه ملكه وغير ذلك مما يشترط لصحة العقد .

ولأنه مبيع معلوم للمتعاقدين مقدور على تسليمه فصح كالحاضر .

ولأن الصفة إحدى حالتي العين فصح البيع بها كحالة المشاهدة .

---

(١) ساقط من هـ.

(٢) في هـ : أما كون السادس من الشروط .

(٣) سبق تخريجه ص: ٣٩٤.

وإنما اشترط ذكر الصفـة الـتي تكفـي في السـلم لأن المشـاهدة لمـا عدمـت وجـب استيفاء الصفة التي قامت مقام الرؤية . وهي الصفة التي تكفي في السـلم وهـي معدومـة في غيرها .

فعلى هذا إذا اشترى ما لم يره ولم يوصف له ، أو رآه ولم يعلم ما هو ، أو ذكر له من صفته ما لا يكفي في السَّلَم لم يصح البيع لعدم العلم بالمبيع .

وأما كون بيع ذلك يصح على روايةٍ ؛ فلأنه يروى عن النبي ﷺ : « من اشترى ما لم يره فهو بالخيار إذا رآه »[1] والخيار لا يكون إلا في بيع صحيح .

ولأنه عقد معاوضة فصح بغير رؤية ولا صفة كالنكاح .

وأما كون المشتري له خيار الرؤية ؛ فللحديث المذكور .

والخيار على الفور للحديث .

وقيل : يتقيد بالمجلس قياساً على خيار المجلس .

قال : (وإن ذكر له من صفته ما يكفي في السلم أو رآه ثم عقد بعد ذلك بزمن لا يتغير فيه ظاهراً صح في أصح الروايتين ، ثم إن وجده لم يتغير فلا خيار له ، وإن وجده متغيراً فله الفسخ ، والقول في ذلك قول المشتري مع يمينه) .

أما كون البيع يصح فيما ذكر من صفة ما يكفي في السلم في أصح الروايتين ؛ فلما تقدم في شرح قول المصنف رحمه الله : أو صفة تحصل بها معرفته .

وأما كونه لا يصح في روايةٍ ؛ فلأن الصفة لا تحصل العلم من كل وجه .

وأما كونه يصح فيما إذا رآه ثم عقد بعد رؤية المبيع بزمـن لا يتغير فيـه ظـاهراً في أصح الروايتين ؛ فلأن المبيع معلوم عندهما أشبه ما لو شاهداه حال العقد .

---

(١) أخرجه الدارقطني في سننه (١٠) ٣: ٤-٥ كتاب البيوع.

وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٥: ٢٦٨ كتـاب البيـوع ، بـاب: مـن قـال يجوز بيع العين الغائبة. كلاهما عن أبي هريرة .

قال الدارقطني : هذا باطل لا يصح. وإنما يروى عن ابن سيرين موقوفاً من قوله .

وجـاء مـن طريـق أخـرى مرسلة عـن مكحـول عـن النبي ﷺ . أخرجـها ابـن أبـي شـيبة في مصنفـه (١٩٩٧٠) ٤: ٢٧٣ كتاب البيوع والأقضية، في الرجل يشتري الشيء ولا ينظر إليه...

وأخرجها الدارقطني في سننه (٨) ٣: ٤. وقال : هذا مرسل ، وأبو بكر بن أبي مريم -أحد الرواة- ضعيف .

ولأن الرؤية السابقة كالمقارنة .

وأما كونه لا يصح في روايةٍ ؛ فلأن ما كان شرطاً يعتبر وجوده حال العقد كالشهادة في النكاح .

وقول المصنف رحمه الله : بزمن لا يتغير فيه ظاهراً مشعر بأن الزمن لو كان يتغير فيه لا يصح بيعه . وصرح غيره بعدم صحته لأنه غير معلوم .

فإن قيل : فلو احتمل الأمرين .

قيل : العقد صحيح؛ لأن الأصل سلامته .

وأما كون المشتري لا خيار له إذا وجد المبيع لم يتغير ؛ فلأنه حصل له ما عقد عليه .

وأما كونه له الفسخ إذا وجده متغيراً ؛ فلأن ذلك كالعيب .

وأما كون القول في ذلك قول المشتري مع يمينه ؛ فلأن الثمن يلزمه إلا ما اعترف به .

قال : (ولا يجوز بيع الحمل في البطن واللبن في الضرع والمسك في الفأر والنوى في التمر ولا الصوف على الظهر . وعنه : يجوز بشرط جزه في الحال) .

أما كون بيع الحمل في البطن لا يجوز فلما روى أبو هريرة « أن النبي ﷺ نهى عن بيع المضامين والملاقيح »[1] .

قال أبو عبيد : المضامين : ما في أصلاب الفحول ، والملاقيح : ما في البطون . وهي الأجنة .

وروى ابن عمر « أن النبي ﷺ نهى عن بيع المجر »[2] .

---

(١) أخرجه مالك في الموطأ (٦٣) ٢: ٥٠٧ كتاب البيوع، باب ما لا يجوز من بيع الحيوان.
وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٥: ٣٤١ كتاب البيوع، باب النهي عن بيع حبل الحبلة. كلاهما عن ابن المسيب مرسلا.
وأخرجه الطبراني في الكبير (١١٥٨١) ١١: ٢٣٠. مرفوعاً من حديث ابن عباس. قال في المجمع: فيه إبراهيم بن إسماعيل بن أبي حبيبة وثقه أحمد وضعفه جمهور الأئمة.
وذكره الهيثمي في مجمع الزوائد مرفوعاً عن أبي هريرة ٤: ١٠٤ كتاب البيوع، باب بيع الملاقيح والمضامين وحبل الحبلة، وعزاه إلى البزار وقال: فيه صالح بن أبي الأخضر . وهو ضعيف.
(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٥: ٣٤١ كتاب البيوع، باب النهي عن بيع حبل الحبلة.

قال ابن الأعرابي : المجر ما في بطن الناقة .

ولأنه مجهول لا تعلم صفته ولا حياته فلم يصح بيعه كالمعدوم .

ولأنه غير مقدور على تسليمه ، والقدرة على ذلك شرط في جواز البيع .

وأما كون بيع اللبن في الضرع لا يجوز فلما روى ابن عباس « أن النبي ﷺ نهى أن يباع لبن في ضرع »[1] .

ولأنه مجهول الصفة والمقدار أشبه الحمل .

ولأنه بيع عين لم تخلق فلم يجز كبيع ما تحمل الناقة .

وأما كون بيع المسك في الفأر . وهو : الوعاء الذي يكون فيه ، والنوى في التمر لا يجوز ؛ فلأن كل واحد منهما مجهول فلا يجوز بيعه مستوراً[2] كالدر في الصدف .

وأما كون بيع الصوف على الظهر لا يجوز على المذهب فـ « لأن النبي ﷺ نهى أن يباع صوف على ظهر »[3] .

ولأنه متصل بالحيوان فلم يجز إفراده بالعقد كأعضائه .

وأما كونه يجوز بشرط جزه في الحال على روايةٍ ؛ فلأنه مشاهد يمكن تسليمه فجاز بيعه كالرطبة في الأرض . وفارق الأعضاء من حيث إنها لا يمكن تسليمها مع سلامة الحيوان .

قال : (ولا يجوز بيع المُلامسَة ، وهو أن يقول : بعتك ثوبي هذا على أنك متى لمسته فهو عليك بكذا ، أو يقول : أي ثوب لمسته فهو لك بكذا . ولا بيع المُنابَذة ، وهو أن يقول : أي ثوب نبذته إليّ فهو عليّ بكذا . ولا بيع الحصاة ، وهو أن يقول : ارم هذه الحصاة فعلى أي ثوب وقعت فهو لك بكذا ، أو يقول : بعتك من هذه الأرض بقدر ما تبلغ هذه الحصاة إذا رميتها بكذا) .

أما كون بيع المنابذة والملامسة لا يجوز ؛ فـ « لأن النبي ﷺ نهى عن الملامسَة والمنابَذة »[1] متفق عليه .

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٥: ٣٤٠ كتاب البيوع، باب ما جاء في النهي عن بيع الصوف على ظهر الغنم واللبن في ضروع الغنم...

(٢) في هـ : مستور ، وهو لحن .

(٣) تكملة للحديث السابق وقد سبق تخريجه.

وأما تفسيرهما فكما ذكر المصنف رحمه الله . وهو ظاهر كلام الإمام أحمد لأن فيما روى البخاري « أن النبي ﷺ نهى عن المُلامَسة ونهى عن المُنابَذة . وهي : طَرْحُ الرجلِ ثوبَه بالبيعِ إلى الرجلِ قبلَ أن يُقلِّبَه أو يَنظرَ إليه . والملامسةُ لمسُ الثوبِ لا يَنظرُ إليه »[٢] .

وروى مسلم في تفسيرها عن أبي هريرة قال : « هو لمسُ كلُ واحدٍ منهما ثوبَ صاحبِه بغير تَأمُّلٍ ، والمنابَذة أن يَنبُذَ كلُ واحدٍ منهما ثوبَه ولم ينظر كل واحدٍ منهما ثوب صاحبِه »[٣] . وهو يرجع إلى المعنى الذي فسره المصنف رحمه الله . وعلة المنع فيهما كون المبيع مجهولاً لا يعلم .

وأما كون بيع الحصاة لا يجوز ؛ فلأن أبا هريرة روى « أن النبي ﷺ نهى عن بيع الحصاة »[٤] . وفي تفسيره خلاف هل هو في الأرض أو في الثوب؟ وقد ذكرهما المصنف رحمه الله وكلاهما فاسد لما فيه من الغرر والجهل .

قال : (ولا يجوز أن يبيع عبداً غير معين ، ولا عبداً من عبيد ، ولا شاة من قطيع ، ولا شجرة من بستان ، ولا هؤلاء العبيد إلا واحداً غير معين ، ولا هذا القطيع إلا شاة . وإن استثنى معيناً من ذلك جاز . وإن باعه قفيزاً من هذه الصبرة صح) .

أما كونه لا يجوز بيع عبد غير معين ولا عبداً من عبيد ولا شاة من قطيع ولا شجرة من بستان ولا هؤلاء العبيد إلا واحداً غير معين ولا هذا القطيع إلا شاة ؛ فلأن ذلك كله غرر فيدخل في الحديث المتقدم .

⇦

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٠٤٠) ٢: ٧٥٤ كتاب البيوع، باب بيع المنابذة.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥١١) ٣: ١١٥١ كتاب البيوع، باب إبطال بيع الملامسة والمنابذة.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٠٣٧) ٢: ٧٥٤ كتاب البيوع، باب بيع الملامسة.

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه (١٥١١) ٣: ١١٥٢ الموضع السابق .

(٤) أخرجه مسلم في صحيحه (١٥١٣) ٣: ١١٥٣ كتاب البيوع، باب بطلان بيع الحصاة، والبيع الذي فيه غرر.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٢٣٠) ٣: ٤٩٢ كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع الغرر.
وأخرجه النسائي في سننه (٤٥١٨) ٧: ٢٦٢ كتاب البيوع، بيع الحصاة.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢١٩٤) ٢: ٧٣٩ كتاب التجارات، باب النهي عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر.

ولأنه يختلف فيفضي إلى التنازع .

وأما كونه يجوز إذا استثنى معيناً مثل أن يقول : بعتك هؤلاء العبيد إلا هذا العبد أو إلا فلاناً وهما يعرفانه فـ « لأن النبي ﷺ نهى عن الثنيا إلا أن تعلم »[1] وهذه معلومة .

ولأن المفسد للبيع الجهالة وقد زالت .

وأما كونه يصح إذا باعه قفيزاً من هذه الصبرة ؛ فلأنه مبيع مقدر من جملة يصح بيعها أشبه ما إذا باع نصفها .

قال : (وإن باعه الصبرة إلا قفيزاً ، أو ثمرة الشجرة إلا صاعاً لم يصح . وعنه : يصح) .

أما كون بيع ما ذكر لا يصح على الرواية الأولى ؛ فلأن المبيع[2] مجهول لأن ما كان معلوماً بالمشاهدة يخرج عن كونه معلوماً بالاستثناء .

وأما كونه يصح على الرواية الثانية ؛ فلأن الاستثناء معلوم فلا يدخل في نهي النبي ﷺ عن الثنيا « لأنه ﷺ نهى عن الثنيا إلا أن تعلم »[3] وهذه معلومة .

قال : (وإن باعه أرضاً إلا جريباً ، أو جريباً من أرض يعلمان جربانها صح وكان مشاعاً فيها ، وإلا لم يصح) .

أما كون بيع الأرض إلا جريباً يصح إذا كان البائع والمشتري يعلمان جربانها ؛ فلأنها إذا كانت مائة مثلاً فقال البائع : بعتكها إلا جريباً فكأنه قال : بعتك منها تسعة وتسعين جريباً وذلك صحيح فليكن هذا مثله .

فعلى هذا تكون مشاعة بينهما لما ذكر قبل .

وأما كونه لا يصح بيعها إذا لم يعلما ذلك ؛ فلأن المبيع غير معلوم .

وأما كون بيع جريب من أرض يصح إذا كانا يعلمان جربانها ولا يصح إذا لم يكونا يعلمان ذلك فلما مر .

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٥٣٦) ٣: ١١٧٥ كتاب البيوع، باب النهي عن المحاقلة والمزابنة...
وأخرجه أبو داود في سننه (٣٤٠٥) ٣: ٢٦٢ كتاب البيوع، باب في المخابرة.
وأخرجه النسائي في سننه (٣٨٨٠) ٧: ٤ كتاب الأيمان والنذور، ذكر الأحاديث المختلفة في النهي، عن كراء الأرض بالثلث والربع. كلهم عن جابر بن عبدالله رضي الله عنهما.

(٢) في هـ : البيع .

(٣) سبق تخريجه في الحديث السابق.

قال : (وإن باعه حيواناً مأكولاً إلا رأسه وجلده وأطرافه صح ، وإن استثنى حمله أو شحمه لم يصح) .

أما كون بيع الحيوان المأكول إلا رأسه وجلده وأطرافه يصح ؛ فلأن عروة قال : « أقبل رسول الله ﷺ من مكة إلى المدينة ومعه أبو بكر وعامر بن فهيرة فاشتريا من راعي غنم شاة وشرطا له سلبها » رواه أبو الخطاب وابن عقيل .

ولأن المستثنى والمستثنى منه معلومان فصح كما لو باع حائطاً واستثنى منه نخلة معينة .

وأما كونه لا يصح بيعه إلا حمله أو شحمه ؛ فلأن ذلك مجهول و « قد نهى النبي ﷺ عن الثنيا إلا أن تعلم »[1] .

ولأنه لا يصح إفراده بالبيع فلم يصح استثناؤه كالفخذ .

قال : (ويصح بيع ما مأكوله في جوفه وبيع الباقلاء والجوز واللوز في قشريه والحب المشتد في سنبله) .

أما كون بيع ما مأكوله في جوفه وهو البيض والرمان وما أشبههما يصح وإن لم يعلم حقيقة داخله ؛ فلأن ما يستره من مصلحته ويفسد بإزالته فصح بيعه نفياً للحرج والمشقة .

ولأن مفهوم نهيه عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها يدل على جواز البيع بعد بدو الصلاح سواء كانت مستورة بقشرها أو لم تكن .

وأما كون بيع الباقلاء والجوز واللوز في قشريه يصح فلما تقدم من مفهوم الحديث .

ولأن ذلك يباع كذلك في أسواق المسلمين من غير نكير فصار إجماعاً .

ولأن ذلك مستور بحائل من أصل الخلقة فجاز بيعه كالرمان والبيض والمستور بقشره الأسفل من ذي القشرين .

وأما كون بيع الحب المشتد في سنبله يصح فـ « لأن النبي ﷺ نهى عن بيع الحب حتى يشتد »[2] . جعل الاشتداد غاية للمنع وما بعد الغاية يخالف ما قبلها فوجب زوال المنع .

---

(١) سبق تخريجه ص: ٤٠١.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٣٣٧١) ٣: ٢٥٣ كتاب البيوع، باب في بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٢٢٨) ٣: ٥٣٠ كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها.

⇦

فصل (الشرط السابع)

قال المصنف رحمه الله : (السابع : أن يكون الثمن معلوماً . فإن باعه السلعة برقمها ، أو بألف درهم ذهباً وفضة ، أو بما ينقطع به السعر ، أو بما باع به فلان ، أو بدينار مطلق وفي البلد نقود : لم يصح . وإن كان فيه نقد واحد انصرف إليه) .

أما كون سابع الشروط[1] السبعة لصحة البيع أن يكون الثمن معلوماً ؛ فلأنه أحد العوضين فاشترط العلم به كالمبيع ورأس مال السلم .

ولأن المبيع يحتمل رده بعيب ونحوه فلو لم يكن الثمن معلوماً لتعذر الرجوع به .

وأما كون بيع السلعة برقمها . ومعنى الرقم : أن يكتب ثمن السلعة على ظرفها أو في ورقة تجعل فيها لا يصح ؛ فلأن الثمن في ذلك غير معلوم حال العقد ، وقد تقدم اشتراط العلم به في صحة البيع .

وأما كون بيعها بألف درهم ذهباً وفضة لا يصح ؛ فلأن مقدار كل واحد منهما من الألف مجهول .

وأما كون بيعها بما ينقطع به[2] السعر أو بما باع به فلان لا يصح ؛ فلأن الثمن في ذلك كله غير معلوم حال العقد والعلم به شرط لما تقدم .

[وأما كون بيعها بدينار مطلق وفي البلد نقود لا يصح ؛ فلأن الثمن لا يعلم من أيها يكون فيكون غير معلوم والعلم به شرط لما تقدم .

⇨

وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٢١٧) ٢: ٧٤٧ كتاب التجارات، باب النهي عن بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها.

وأخرجه أحمد في مسنده (١٣٥٩٦) ٣: ٢٥٠.

(١) في هـ : أما كون السابع من الشروط .

(٢) ساقط من هـ .

ولا بد أن يلحظ في النقود أن تكون متساوية في الرواج لأنها لو كان بعضها أظهر من بعض صح البيع؛ لأن الأظهر أرجح من غيره فينصرف الثمن إليه فلا يكون غير معلوم .

فإن قيل : كلام المصنف رحمه الله يقتضي بعدم الصحة مطلقاً؟

قيل : يجب تقييده بما ذكر نقلاً ودليلاً .

وأما كون الدينار المطلق إذا كان في البلد نقد واحد ينصرف إليه ؛ فلأن المطلق يحمل على المعهود ، وذلك واحد .

فعلى هذا يصح البيع لأن الثمن معلوم][1] .

قال : (وإن قال : بعتك بعشرة صحاحاً أو إحدى عشرة مكسرة أو بعشرة[2] نقداً أو عشرين نسيئة لم يصح ، ويحتمل أن يصح).

أما كون ما ذكر لا يصح على المذهب ؛ فـ « لأن النبي ﷺ نـهى عن بَيْعَتَيْنِ في بَيْعَة »[3] رواه الترمذي . وقال : حديث صحيح .

وقد فسر بهذا .

ولأنه لم يعقد على ثمن بعينه أشبه ما إذا قال : بعتك هذين العبدين .

وأما كونه يحتمل أن يصح فقياس على ما إذا قال : إن خطت هذا الثوب اليوم فلك درهم وإن خطته غداً فلك نصف درهم .

قال : (وإن باعه الصبرة كل قفيز بدرهم ، والقطيعَ كل شاة بدرهم ، والثوبَ كل ذراع بدرهم صح . وإن باعه من الصبرة كل قفيز بدرهم لم يصح).

أما كون بيع الصبرة كل قفيز بدرهم والقطيع كل شاة بدرهم والثوب [كل ذراعٍ][4] بدرهم يصح ؛ فلأن البيع معلوم بالمشاهدة والثمن معلوم لإشارته إلى ما يعرف مبلغه لجهة لا تتعلق بالمتعاقدين وهو الكيل في الأولى والعدد في الثانية والذرع في الثالثة

---

(١) ساقط من و.

(٢) في هـ: بعشر.

(٣) أخرجه الترمذي في جامعه (١٢٣١) ٣: ٥٣٣ كتاب البيوع، باب ما جاء في النهي عن بيعتين في بيعة. وأخرجه النسائي في سننه (٤٦٣٢) ٧: ٢٩٥ كتاب البيوع، بيعتين في بيعة... كلاهما عن أبي هريرة.

(٤) ساقط من هـ.

فصح كما لو باع ما رأس ماله تسعة وتسعين درهماً مرابحة لكل عشـرة درهـم فإنـه لا يعلم في الحال وإنما يعلم بالحساب . وقد روي عن علي رضي الله عنه «أنه آجـر نفسـه كل دلو بتمرة ، وجاء بالتمر إلى[1] النبي ﷺ فأكله»[2] .

وأما كونه إذا باع من الصبرة كل قفيز بدرهم لا يصح ؛ فلأن من للتبعيـض وكـل للعدد فيكون العدد مجهولاً بخلاف ما ذكر قبل فإن المبيع[3] الكل لا البعض ولا جهالة .

قال : (وإن باعه بمائة درهم إلا ديناراً لم يصح . ذكـره القـاضي . ويجيء على قـول الخرقي أنه يصح) .

أما كون البيع بما ذكر لا يصح على المذهب ؛ فلأن قيمة الدينار مجهولة ويلـزم مـن الجهل بها الجهل بالثمن ، والعلم به شرط لما تقدم .

وأما كونه يجيء على قولٍ أنه يصح ؛ فلأنه قال في الإقرار : يصح استثناء العين من الورق والورق من العين .

فعلى هذا يكون البيع صحيحاً لأن الاستثناء صحيح فكـان البيـع صحيحـاً كسـائر الاستثناءات الصحيحة .

ولقائل أن يقول : الصحة في الإقرار اختلف الأصحاب في تعليلـها فعللـها بعضـهم باتحاد النقدين وكونهما قيم الأشياء وأرش الجنايات ، وبعضهم بأن قيمة الذهب يعلمها كثير من الناس فإذا استثنى أحدهما مـن الآخـر لم يؤد إلى الجهالـة غالبـاً ، وعلـى كـلا التعليلين لا يجيء صحة البيع على قـول الخرقـي في الإقـرار لأن المفسـد للبيـع الجـهل في حال العقد . ألا ترى أنه إذا باعه برقمه لا يصح للجـهل حـال العقـد وإن علـم بَعـده . وعلى كلا التعليلين لا يخرج الثمن عن كونه مجهولاً حال العقـد . وفـارق هـذا الإقـرار لأن الإقرار بالمجهول يصح وهذا قول متوجه لا دافع له .

---

(١) ساقط من هـ.

(٢) أخرجه الترمذي في جامعه (٢٤٧٣) ٤ : ٦٤٥ كتاب صفة القيامة.

وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٤٤٦) كتاب الأحكام ، باب: الرجل يسـتقي كـل دلـو بتمـرة ويشـترط جلدة . وليس فيهما أكل النبي ﷺ منه.

وأخرجه أحمد في مسنده (٦٨٩) ط إحياء التراث .

(٣) في هـ: البيع.

فصل في تفريق الصفقة

قال المصنف رحمه الله : (وهو : أن يجمع بين ما يجوز بيعه وما لا يجوز . وله ثلاث صور :

إحداها : باع معلوماً ومجهولاً فلا يصح) .

أما قول المصنف رحمه الله : وهو أن يجمع بين ما يجوز بيعه وما لا يجوز ؛ فبيان لمعنى تفريق الصفقة .

وأما قوله : وله ثلاث صور ؛ فلأن تفريق الصفقة تارة يجمع معلوماً ومجهولاً ، وتارة مشاعاً ينقسم الثمن عليه بالأجزاء ، وتارة مشاعاً لا ينقسم الثمن عليه بالأجزاء .

وأما كون البيع لا يصح إذا باع معلوماً ومجهولاً ؛ فلأن ما بعضه مجهول يكون كله مجهولاً .

ولأن الثمن ينقسم على المبيع بالقيمة ، والمجهول لا يمكن تقويمه فلا طريق إلى معرفة ثمن المعلوم .

قال : (الثانية : باع مشاعاً بينه وبين غيره كعبد مشترك بينهما ، أو ما ينقسم عليه الثمن بالأجزاء كقفيزين متساويين لهما فيصح في نصيبه بقسطه في الصحيح من المذهب ، وللمشتري الخيار إذا لم يكن عالماً) .

أما كون البيع يصح فيما ذكر في نصيب البائع بقسطه من الثمن في روايةٍ ؛ فلأنه لا يلزم منه جهالة في الثمن لانقسامه هنا على الأجزاء .

وأما كونه لا يصح في روايةٍ ؛ فلأنه عقد جمع فيه بين ما يجوز بيعه وما لا يجوز بيعه فلم يصح في شيء كالمسألة المذكورة قبل .

وأما كون الصحيح في المذهب الأولى فلكون الثمن معلوماً . وبه يظهر الفرق بين هذه الصورة وبين الصورة الأولى .

وأما كون المشتري له الخيار إذا لم يكن عالماً ؛ فلأن الشـركة عيـب ، ولهـذا ثبتـت الشفعة في المبيع خوفاً من سوء المشاركة .

وفي قول المصنف رحمه الله : إذا لم يكن عالماً إشعار بأن المشتري إذا كـان عالمـاً لا خيار له وهو صحيح لأن إقدامه عليه مع العلم به دليل على الرضى به .

قال : (الثالثة : باع عبده وعبد غيره بغير إذنه ، أو عبداً وحراً ، أو خـلاً وخمـراً ففيـه روايتان :

أولاهما : لا يصح ، والأخرى : يصح في عبده وفي الخل بقسطه) .

أما كون المبيع لا يصح فيما ذكر في روايةٍ ؛ فلأن الصفقـة جمعـت حرامـاً وحـلالاً فغلب التحريم .

ولأنه عقد لم يصح في بعضه فلم يصح في كله أشبه ما لو تزوج بـأختين ، أو بـاع درهماً بدرهمين .

وأما كونه يصح في روايةٍ ؛ فلأن كل واحد منـهما لـه حكـمٌ لـو انفـرد فـإذا جمـع بينهما وجب ثبوت ما كان له منفرداً كما لو باع شقصاً وسـيفاً فـإن الشـفعة تجـب في الشقص دون السيف .

ولأن حكم البيع الصحة ، بطل في أحدهما لعدم قبوله ذلك فيبقى في الآخـر كمـا لو أوصى بشيء لآدمي وبهيمة .

فعلى هذا يصح في عبده والخل بقسطه لأن ذلك هو الذي يقابله .

وأما كون الأُولى أولى فلما ذكر .

ولأن الثمن إنما يتبين بتقسيط العوض بالقيمة وذلك غير معلـوم فمنـع صحـة البيـع كالصورة الأولى .

قال : (وإن باع عبده وعبد غيره بإذنه بثمن واحد فهل يصح؟ على وجهين) .

أما كون المبيع فيما ذكر لا يصح على وجهٍ ؛ فلأن عقد الواحد مـع الاثنـين بمنزلـة العقدين فكأن كل واحد قد باع عبده بحصة قيمته من الثمن منفرداً وذلك مجهول .

وأما كونه يصح على وجهٍ ؛ فلأن جملة الثمن معلومة .

قال : (وإن جمع بين بيع وإجارة أو بيع وصرف صح فيهما ويُقسَّط العوض عليهما في أحد الوجهين) .

أما كون ما جمع فيه بين بيع وإجارة يصح في وجهٍ ؛ فلأنهما شيئان يجوز أخذ العوض عن كل واحد منهما منفرداً فجاز مجتمعاً كالثوبين والعبدين .

وأما كونه لا يصح في وجهٍ ؛ فلأن حكمهما مختلف لأن المبيع المعقود عليه يُضمن بمجرد البيع والإجارة بخلافه .

وأما كون ما جمع فيه بين بيع وصرف يصح في وجهٍ فلما ذكر في أول وجهي المسألة قبل .

وأما كونه لا يصح في وجهٍ ؛ فلأن حكمهما مختلف لأن البيع يجوز فيه التفرق قبل القبض والصرف بخلافه .

وذكر المصنف رحمه الله الوجهين المذكورين في المسألتين في المغني الأول روايتين ، وعزاهما إلى نقل أبي الخطاب .

وأما كونه يقسط على المبيع والمستأجر في المسألة الأولى وعلى المبيع والمصروف في المسألة الثانية على قدر قيمتهما فكما لو جمع بين عبده وعبد غيره .

قال : (وإن جمع بين كتابة وبيع فكاتب عبده وباعه شيئاً صفقة واحدة بطل البيع . وفي الكتابة وجهان) .

أما كون البيع فيما ذكر يبطل ؛ فلأن المكاتب قبل تمام عقد الكتابة عبدُ قِنٌّ لا يصح أن يبيعه سيده شيئاً لكونه يبيع ماله لعبده .

وأما كون الكتابة تبطل في وجهٍ ؛ فلأنه عقد بطل في بعضه فبطل في كله لما تقدم .

وأما كونها لا تبطل في وجهٍ ؛ فلأن المقتضي للبطلان وجد في البيع فاختص به .

فصل (في البيع أثناء النداء)

قال المصنف رحمه الله: (ولا يصح البيع ممن تلزمه الجمعة بعد ندائها، ويصح النكاح وسائر العقود في أصح الوجهين).

أما كون البيع ممن تلزمه الجمعة بعد ندائها لا يصح؛ فلأن الله تعالى قال: ﴿يا أيـها الذيـن ءامنـوا إذا نـودي للصـلاة مـن يـوم الجمعـة فاسعوا إلى ذكـر الله وذروا البيــع﴾ [الجمعة:٩] . أمر بترك البيع، والأمر للوجوب، وإذا وجب تركه لم يصح إذاً لأنـه محـرم فلم يصح فعله كسائر ما نهي عنه نهي تحريم.

ولأن البيع يشغل عن الصلاة ويكون ذريعة إلى تركها أو فوات بعضها، وكلاهما لا يجوز، والمؤدي إلى ما لا يجوز لا يجوز، وإذا لم يجز لم يصح لما تقدم.

ولأنه عقد نهي عنه لأجل عبادة فكان غير صحيح كالنكاح المحرم.

فإن قيل: ما النداء الذي يحرم به البيع؟

قيل: هو المذكور في باب الجمعة.

وأما كون النكاح وسائر العقود تصح في وجهٍ؛ فلأن ذلك يقل وقوعه فلا يكـون إباحته ذريعة إلى ما ذكر في البيع.

وأما كونها لا تصح في وجهٍ؛ فلأنها عقود معاوضات أشبهت البيع.

وأما كون الأول أصح؛ فلأن دليل الثاني قياس، والقياس مـع قيـام الفـارق لا أثـر له.

قال: (ولا يصح بيع العصير لمن يتخـذه خمـراً، ولا بيـع السـلاح في الفتنـة أو لأهـل الحرب. ويحتمل أن يصح مع التحريم).

أما كون بيع العصير لمن يتخذه خمراً لا يصح؛ فلأن الله تعالى قـال: ﴿ولا تعـاونوا على الإثم والعدوان﴾ [المائدة:٢] نهى والنهي يقتضي التحريم وعدم الصحة.

وروي عن رسول الله ﷺ « أنه لعن في الخمر عشرة : عاصرها ، ومعتصرها ، وحاملها ، والمحمولة إليه ، وشاريها ، وبائعها ، ومبتاعها ، وشاربها ، وساقيها . وأشار إلى كل معاون إليها ومساعد فيها »[1] .

وروي « أن سعد بن أبي وقاص كان له أرض فيها عنب فأخبر أنه لا يصلح زبيباً ولا يصلح إلا أن يباع لمن يعصره . فأمر بقلعه وقال : بئس الشيخ أنا إن بعت الخمر » .

وأما كونه لا يصح في باقي الصور ؛ فلأنها في معناها لما فيها من الإعانة على المعصية .

وأما كونه يحتمل أن يصح في الجميع مع التحريم فقياس على الصلاة في الدار المغصوبة على القول بالصحة ، وقياس على الصلاة في المواضع السبعة من المقبرة ونحوها على القول بالصحة .

قال : (ولا يصح بيع عبد مسلم لكافر إلا أن يكون ممن يعتق عليه فيصح في إحدى الروايتين) .

أما كون بيع العبد المسلم لكافر لا يعتق عليه لا يصح ؛ فلأن في ثبوت الملك للكافر على المسلم صغاراً للمسلم .

ولأن الإسلام يمنع استدامة الملك فمنع ابتداءه كالنكاح .

وأما كون بيعه ممن يعتق عليه يصح في روايةٍ ؛ فلأن ملكه لا يستقر عليه .

وأما كونه لا يصح في روايةٍ ؛ فلأنه ثبوت ملك الكافر على مسلم فلم يصح كما لو لم يكن ممن يعتق عليه .

وظاهر[2] كلام المصنف رحمه الله أن الأولى أصح لما ذكر .

ولأنه يحصل له بالحرية زوال الملك عنه بالكلية وفي ذلك إضعاف ما حصل من الصغار بملك لحظة .

---

(١) أخرجه الترمذي في جامعه (١٢٩٥) ٣: ٤٩٢ كتاب البيوع، باب النهي أن يتخذ الخمر خلاً.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٣٣٨١) ٢: ١١٢٢ كتاب الأشربة، باب لعنت الخمر على عشرة أوجه.

(٢) في هـ : فظاهر.

قال: (وإن أسلم عبد الذمي أجبر على إزالة ملكه عنه وليس له كتابته، وقال القاضي: له ذلك).

أما كون الذمي يجبر على إزالة ملكه عن عبده الذي أسلم؛ فلأن في إبقائه في ملكه صغار للمسلم وقد قال الله تعالى: ﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا﴾ [النساء: ١٤١].

وأما كونه ليس له كتابته على المذهب؛ فلأنه إذا لم يكن للكافر شراء من يعتق عليه حذراً من ثبوت ملكه عليه لحظة؛ فلأن لا يكون له كتابته مع ثبوت الملك عليه إلى الأداء بطريق الأولى.

وأما كونه له ذلك على قول القاضي؛ فلأنه سبب لعتقه أشبه إعتاقه له.

قال: (ولا يجوز بيع الرجل على بيع أخيه. وهو: أن يقول لمن اشترى سلعة بعشرة: أنا أعطيك مثلها بتسعة، ولا شراءه على شراء أخيه. وهو: أن يقول لمن باعه سلعة بتسعة: عندي فيها عشرة ليفسخ البيع ويعقد معه، فإن فعل فهل يصح البيع؟ على وجهين).

أما كون بيع الرجل على بيع أخيه لا يجوز؛ فلأن النبي ﷺ قال: «لا يَبِعْ[1] بَعضُكُم على بَيعِ بَعض»[2] متفق عليه.

ولأنه يتضمن إضرار المسلم وإفساد بيعه فحرم كشتمه.

وأما كون شراء الرجل على شراء أخيه لا يجوز؛ فلأنه في معنى ما نهي عنه قبل.

و «لأن النبي ﷺ نهى أن يخطب الرجل على خطبة أخيه»[3] وهو في معنى الخاطب.

---

(١) في هـ: يبيع.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٠٤٣) ٢: ٧٥٥ كتاب البيوع، باب النهي للبائع أن لا يُحفّل الإبل...
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٤١٢) ٣: ١١٥٤ كتاب البيوع، باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه...

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٠٣٣) ٢: ٧٥٢ كتاب البيوع، باب لا يبيع على بيع أبيه...
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٤١٢) ٣: ١١٥٤ كتاب البيوع، باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه...

ولأنه يمكن استعمال لفظ الخبر عليه لأن البيع يقع على الشراء ويسمى البائع والمشتري بيعين .

وأما تفسير بيع الرجل على بيع أخيه وشراءه على شراء أخيه فكما ذكر المصنف رحمه الله .

وفي قوله : ليفسخ البيع إشعار بأنه لا بد أن يكون ذلك قبل لزوم العقد مثل أن يكونا في المجلس ، أو يكون في العقد خيار شرط لهما أو للذي[1] يطلب الفسخ ليمكن فعله ويصح إذا فعل .

وأما كون كل واحد من البائع[2] والمشتري المذكورين إذا فعل لا يصح على وجهٍ ؛ فلأنه منهي عنه والنهي يقتضي فساد المنهي عنه .

وأما كونه يصح على وجهٍ ؛ فلأن النهي لمعنى في غير المبيع أشبه بيع النجس .

قال : (وفي بيع الحاضر للبادي روايتان :

إحداهما : يصح ، والأخرى لا يصح بخمسة شروط :

أن يحضر البادي لبيع سلعته ، بسعر يومها ، جاهلاً بسعرها ، ويقصده الحاضر ، ويكون بالمسلمين حاجة إليها . فإن اختل شرط منها صح البيع . وأما شراؤه له فيصح رواية واحدة) .

أما كون بيع الحاضر للبادي يصح في روايةٍ ؛ فلأن النهي عن ذلك كان في أول الإسلام لما[3] عليهم من الضيق فوجب زواله عند زواله .

وأما كونه لا يصح بالشروط الخمسة المتقدم ذكرها في روايةٍ فـ « لأن النبي ﷺ نهى أن يَبيع حَاضرٌ لِبَادٍ »[4] متفق عليه .

ولأن ما ثبت في حق الصحابة ثبت في حقنا ما لم يقم على اختصاصهم به دليل .

---

(١) في هـ: الذي.

(٢) في هـ: البيع.

(٣) في هـ: إلى.

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه (٢١٥٤) ٢: ٧٩٤ كتاب الإجارة، باب أجر السمسرة.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٢١) ٣: ١١٥٧ كتاب البيوع، باب تحريم بيع الحاضر للبادي.

وإنما اشترطت الشروط الخمسة المتقدم ذكرها لأن النهي إنما كـان لأجـل التوسعة على أهل الحضر فيجب لحظ الشـروط المذكـورة لأن التوسعة لا تمتنع إلا معـها : أمـا حضوره لبيع سلعته ؛ فلأنه إذا حضر ليخزنها فقصده الحاضر وأحضه[١] على بيعها كان ذلك توسعة لا منعاً للتوسعة .

وأما بيعها بسعر يومها ؛ فلأنه إذا قصد بيعها بسعر معلوم لا بسعر اليوم كان المنـع من البيع من جهته لا من جهة الحاضر .

وأما جهله بالسعر ؛ فلأنه إذا عرفه لم يزده الحاضر على ما عنده شيئاً .

وأما قصد الحاضر له ؛ فلأنه إذا طلبه البادي لم يكن للحاضر أثر في عدم التوسعة .

وأما حاجة المسلمين ؛ فلأنهم إذا لم يكونوا محتـاجين لم يوجـد المعنـى الـذي نـهى الشرع لأجله .

وأما كون البيع يصح إذا اختل شرط من الشروط الخمسـة ؛ فـلأن الموقـوف علـى شرط يزول عند زواله .

وأما كونه يصح شراؤه له رواية واحدة ؛ فلأن النهي المذكور قبل لا يتناول الشراء بلفظه ولا هو في معناه لأن النهي عـن البيـع للرفـق بـأهل الحضـر ليتسـع عليـهم الـرزق ويزول عنهم الضرر وليس ذلك[٢] موجوداً في الشراء لهـم إذ لا يتضـررون بعـدم الغـبن للبادي[٣] بل هو دفع للضرر عنه والخلق في نظر الشارع علـى السـواء فكمـا شـرع مـا يدفع الضرر عن أهل الحضر . فكذلك يشرع ما يدفع الضرر عن البادي ، وإذا لم يكـن مشروعاً فلا أقل من أن يكون جائزاً .

قال : (ومن باع سلعة نسيئة لم يجز أن يشتريها بأقل مما باعـها نقـداً إلا أن يكـون قـد تغيرت صفتها . وإن اشتراه أبوه أو ابنه جاز) .

أما كون شراء ما باعه بما ذكر مع عدم التغير لا يجوز فـ « لأن أم ولد زيد بن أرقم قالت لعائشة : إني بعت غلاماً من زيد بن أرقم بثمانمائة درهم إلى العطاء . ثـم اشـتريته منه بستمائة درهم . فقالت لها : بئس ما شريت وبئس ما اشتريت . أبلغي زيد بن أرقـم

(١) في و: حضه.

(٢) ساقط من هـ .

(٣) في هـ: بعدم البادي.

أنه قد أبطل جهاده مع رسول الله ﷺ إلا أن يتوب))[١] . والظاهر أنها لا تقول مثل هذا التغليظ وتُقدم عليه إلا بتوقيف سمعته من رسول الله ﷺ فجرى مجرى روايتها ذلك عنه .

ولأن ذلك ذريعة إلى الربا لأنه إنما أدخل السلعة ليستبيح بيع ألف بخمسمائة إلى أجل والذرائع معتبرة في الشرع بدليل منع القاتل إرث المقتول وثبوت الميراث لامرأة المطلّق ثلاثاً في مرض موته .

ولأن الله تعالى عاب على بني إسرائيل التحيل في ارتكاب ما نهوا عنه لأنهم نهوا عن الصيد يوم السبت فكانوا ينصبون الشباك يوم الجمعة فيقع فيها الصيد يوم السبت فيأخذونه يوم الأحد فذمهم الله على ذلك .

وتسمى هذه المسألة مسألة العينة وقد جاء في الحديث : ((أن التبايع بها من أشراط الساعة))[٢] .

وأما كونه يجوز ذلك إذا تغيرت السلعة مثل إن كانت عبداً فمرض أو ثوباً فانقطع أو ما أشبه ذلك ؛ فلأن المعنى الموجب للتحريم إنما هو الحيلة في الربا وهذا المعنى مفقود هنا .

وأما كونه يجوز إذا اشترى السلعة أبوه أو ابنه ؛ فلأن كل واحد منهما كالأجنبي بالنسبة إلى المشتري .

قال : (وإن باع ما يجري فيه الربا نسيئة ثم اشترى منه بثمنه قبل قبضه من جنسه أو ما لا يجوز بيعه به نسيئة لم يجز) .

أما كون بيع ذلك لا يجوز ؛ فلأنه ذريعة إلى بيع المكيل بالمكيل نسيئة وذكر الثمن حيلة فحرم كمسألة العينة . وأما ما يجري فيه الربا نسيئة فالمكيل والموزون والمطعوم

---

(١) أخرجه الدارقطني في سننه (٢١٢) ٣: ٥٢ كتاب البيوع.

وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٥: ٣٣٠ كتاب البيوع، باب الرجل يبيع الشيء إلى أجل ثم يشتريه بأقل.

(٢) عن ابن عمر قال سمعت رسول الله ﷺ يقول : ((إذا تبايعتم بالعينة وأخذتم أذناب البقر ورضيتم بالزرع وتركتم الجهاد سلط الله عليكم ذلاً لا ينزعه حتى ترجعوا إلى دينكم)) .

أخرجه أبو داود في سننه (٣٤٦٢) ٣: ٢٧٤ كتاب البيوع ، باب: في النهي عن العِينة.

وأخرجه أحمد في مسنده (٤٩٨٧) ط إحياء التراث.

والأثمان أو المكيل المطعوم والموزون المطعوم على ما فيه مـن الخـلاف في علـة الربـا فـإذا باع غرارة قمــح مثـلاً بخمسـين درهمـاً إلى أجـل فلمـا جـاء الأجـل اشـترى بـالدراهم المذكورة غرارة قمح قبل قبضها أو غرارة شعير فالأولى اشترى من جنس ما بـاع قبـل ثمنه مع كونه يجري فيه الربا نسيئة ، والثانية اشترى ما لا يجوز بيعه نسيئة بثمــن مـا بـاع على الصفة المذكورة .

باب الشروط في البيع

الشروط : جمع شرط . والشرط في اللغة : ما يلزم من وجوده وجود المشروط .
وفي الشرع : ما يلزم من عدمه عدمه كالوضوء للصلاة والملك في البيع .

قال المصنف رحمه الله : (وهي ضربان : صحيح . وهو ثلاثة أنواع :

أحدها : شرط مقتضى البيع كالتقابض وحلول الثمن ونحوه فلا يؤثر فيه) .

أما كون الشروط في ضربين : صحيحاً وفاسداً ؛ فلأن منها ما يوافق مقتضى العقد ومنها ما ينافيه ، والأول صحيح والثاني فاسد .

وأما كون الصحيح ثلاثة أنواع : فلأنه تارة يكون شرط مقتضى البيع ، وتارة شرطاً من مصلحة العقد ، وتارة شرطاً لنفع .

وأما كون شرط مقتضى البيع لا يؤثر فيه ؛ فلأنه شرط يقتضيه البيع فجرى مجرى التوكيد وذلك لا يؤثر فساداً في المؤكد بل يؤكده ويقويه فكذا ما يجري مجراه .

وأما قول المصنف رحمه الله : كالتقابض وحلول الثمن فتمثيل للشرط الصحيح الذي هو مقتضى البيع .

قال : (الثاني : شرط من مصلحة العقد ، كاشتراط صفة في الثمن كتأجيله أو الرهن والضمين به[1] ، أو صفة في المبيع نحو : كون العبد كاتباً ، أو خصياً ، أو صانعاً ، أو مسلماً ، أو الأمة بكراً ، والدابة هملاجة ، والفهد صيوداً ، فيصح البيع . فإن وفى به وإلا فلصاحبه الفسخ) .

أما كون اشتراط شرط من مصلحة العقد يصح ؛ فلأن الرغبات تختلف باختلاف ذلك ، والبيع إنما جاز ليحصل لكل واحد من المتعاقدين مقصوده فلو لم يصح اشتراط ما ذكر لم تحصل الحكمة التي شرع البيع لأجلها .

---

(١) في هـ: فيه.

وأما قول المصنف : كاشتراط صفة في الثمن كتأجيله أو الرهن والضمين ؛ فتمثيل لكون الثمن ذا صفةٍ شرطُها من مصلحة العقد .

وأما قوله : أو صفة في المبيع نحو كون العبد كاتباً ... إلى آخره ؛ فتمثيل لكون المبيع ذا صفة شرطها من مصلحة العقد .

وأما كون الفسخ لمن شرط له إذا لم يف من شرطه له به ؛ فلأنه لم يحصل له ما شرط له فكان له الفسخ كما لو ظهر المبيع معيباً .

قال : (وإن شرطها ثيباً كافرة فبانت بكراً مسلمة فلا فسخ له ، ويحتمل أن له الفسخ؛ لأن له فيه قصداً) .

أما كون من شرط ما ذكر وشبهه لا فسخ له على المذهب ؛ فلأنه حصل له أكمل مما شرط فلم يملك الفسخ به كما لو شرط كون الغلام كاتباً فظهر كاتباً عالماً .

وأما كونه يحتمل أن له الفسخ فلما ذكره المصنف رحمه الله ؛ وذلك أن المشتري قد لا يطيق وطء البكر ، وقد يكون غرضه من الذمية كونها لا تغتسل من الجنابة على ما فيه من الخلاف .

فإن قيل : قول المصنف رحمه الله : ثيباً كافرة يلحظ فيه اجتماع الوصفين جميعاً ؟

قيل : ليس مراده ذلك بل مراده متى شرط الأدنى عادة كالثيوبة والكفر فظهر على خلاف ذلك كالبكارة أو الإسلام . ولذلك قيل في الشرح ما ذكر وشبهه ليدخل في المسألة ما صرح به المصنف رحمه الله وما يشبهه .

قال : (وإن شرط الطائر مصوتاً أو أنه يجيء من مسافة معلومة صح . وقال القاضي : لا يصح) .

أما كون شرط ما ذكر يصح على قول غير القاضي ؛ فلأن التصويت والمجيء من مسافة معلومة قد يكون فيهما غرض صحيح .

وأما كونه لا يصح على قول القاضي ؛ فلأن التصويت والمجيء غير معلومين فلم يصح اشتراطهما كالأجل المجهول .

قال : (الثالث : أن يشترط البائع نفعاً معلوماً في المبيع كسكنى الدار شهراً وحُمْلان البعير إلى موضع معلوم ، أو يشترط المشتري نفع البائع في المبيع كحمل الحطب

وتكسيره وخياطة الثوب وتفصيله فيصح . وذكر الخرقي في جز الرطبة إن شرطه على البائع لم يصح فيخرج هاهنا مثله . وإن جمع بين شرطين لم يصح[1] .

أما كون اشتراط البائع نفعاً معلوماً في المبيع كما مثل المصنف رحمه الله وشبهه يصح ؛ فـ « لأن جابراً باع بعيراً لرسول الله ﷺ واستثنى حملانه إلى المدينة »[2] رواه البخاري .

ولأن اشتراط ذلك أكثر ما فيه أنه يتأخر التسليم مدة معلومة فصح اشتراطه كما لو باع أمة مزوجة أو داراً مؤجرة أو شجرة مؤبرة .

وأما كون اشتراط المشتري نفع البائع في المبيع كما مثّله المصنف رحمه الله وشبهه يصح ؛ فلأن كل واحد من العقد والشرط يصح منفرداً فإذا جمعا صح كالعينين .

و « لأن محمد بن مسلمة اشترى من نبطي جُرْزة حطب وشارطه على حملها » .

وأما كون عدم الصحة هنا يخرج على قول الخرقي لا يصح اشتراط جز الرطبة على البائع ؛ فلأن الشرط هنا مثله .

وقال المصنف رحمه الله في المغني : قول الخرقي في جز الرطبة يحتمل أن البطلان يختص به[3] لإفضائه إلى التنازع لأن البائع ربما أراد قطعها من أعلاها ليبقى له منها بقية ، والمشتري يريد[4] الاستقصاء عليها ليزيد له ما يأخذه . ويحتمل أن يقاس عليه ما أشبهه من اشتراطه منفعة البائع .

والأول أولى ؛ لوجهين :

أحدهما : أنه قال في موضع آخر في البيع : لا يبطله شرط واحد .

والثاني : أن المذهب في غير هذا الموضع أنه يصح اشتراط ذلك .

وأما إذا جمع بين شرطين فظاهر كلام المصنف رحمه الله : أن الجمع بينهما لا يصح سواء كانا صحيحين أو فاسدين .

---

(١) ساقط من هـ.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٥٦٩) ٢: ٩٦٨ كتاب الشروط، باب إذا اشترط البائع ظهر الدابة إلى مكان مسمى جاز.

وأخرجه مسلم في صحيحه (٧١٥) ٣: ١٢٢١ كتاب المساقاة، باب بيع البعير واستثناء ركوبه.

(٣) في هـ : له.

(٤) ساقط من هـ.

وعن الإمام أحمد في ذلك[1] روايتان :

أحدهما : أنهما شرطان صحيحان ليسا من مصلحة العقد .

والثانية : أنهما أن لا يبيع الجارية من أحد وأن لا يطأها وهذان فاسدان .

وقال القاضي في المجرد : ظاهر كلامه أنه متى شرط في العقد شـرطين بطـلا سـواء كانا صحيحين أو فاسدين أخذاً بظاهر قول النبي ﷺ : « لا شرطان في بيع »[2] .

قال المصنف رحمه الله في المغني : الذي قاله القاضي صحيح إلا أنه استثنى الشرطين إذا كانا من مقتضى العقد كشرط تسليم المبيع ونقد الثمن . وتصحيح المصنف رحمه الله قول القاضي يدل على إرادة ذلك فيكون هنا قد أراد بكلامه ظاهره . وقد تضمن كلام القاضي الدليل على أنه لا يصح اشتراط شرطين مطلقاً فلا حاجة إلى إعادته .

---

(١) مثل السابق.

(٢) سيأتي تخريجه ص: ٤٢٠.

فصل (في الشروط الفاسدة)

قال المصنف رحمه الله : (**الضرب الثاني : فاسد . وهو ثلاثة أنواع :**

أحدها : أن يشترط أحدهما على صاحبه عقداً آخر كسلف أو قرض أو بيع أو إجارة أو صرف الثمن أو غيره فهذا يبطل البيع . ويحتمل أن يبطل الشرط وحده) .

أما كون الضرب الثاني : فاسد ؛ فلأن الأول صحيح فيكون الثاني فاسداً .

وأما كون الفاسد ثلاثة أنواع ؛ فلأنه تارة يكون شرط عقد آخر ، وتارة شرط ما نافى مقتضى البيع ، وتارة شرط يعلق البيع .

وأما قول المصنف رحمه الله : كسلف . . . إلى أو غيره ؛ فتمثيل لصور عقد آخر .

وأما كون الشرط المذكور يبطل البيع المذكور على المذهب ؛ فلأنه بيع منهي عنه لأجل الشرط فأبطله . ضرورة أن النهي عن الشيء يقتضي فساده وبطلانه . بيان كونه منهياً عنه أن النبي ﷺ قال : « لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع »[1] . قال الترمذي : هذا حديث حسن صحيح .

و « نهى عن بيع وشرط »[2] ، و « عن بيعتين في بيعة »[3] . وهذا منه .

ولأن ما ذكر شروط فاسدة فأبطل العقد أحدها كما لو شرط أن لا يسلم المبيع إليه .

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٥٠٤) ٣: ٢٨٣ كتاب البيوع، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٢٣٤) ٣: ٥٣٥ كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك.
وأخرجه النسائي في سننه (٤٦١١) ٧: ٢٨٨ كتاب البيوع، بيع ما ليس عند البائع.

(٢) أخرجه الطبراني في الأوسط ١ ل ٢٦٤.

(٣) سبق تخريجه ص: ٤٠٤.

وأما كونه يحتمل أن يبطل الشرط وحده ؛ فلأن النبي ﷺ صَحَّحَ بيع بريرة ، وأبطل الشرط الفاسد المشروط في بيعها[1] .

قال المصنف رحمه الله في المغني : المنصوص عن أحمد أن البيع صحيح وهو ظاهر كلام الخرقي .

فعلى هذا للبائع الرجوع بما نقص من الثمن لأجل الشرط لأنه إنما سمح ببيعه بالثمن المسمى لأجل الشرط فإذا لم يحصل وجب الرجوع بما سمح به .

قال : (الثاني : شرط ما نافى مقتضى البيع نحو أن يشترط أن لا خسارة عليه ، أو متى نفق المبيع وإلا رده ، أو أن لا يبيع ولا يهب ولا يعتق ، أو إن أعتق فالولاء له ، أو يشترط أن يفعل ذلك : فهذا باطل في نفسه . وهل يبطل البيع؟ على روايتين . إلا إذا شرط العتق ففي صحته روايتان :

إحداهما : يصح ويجبر عليه إن أباه . وعنه : فيمن باع جارية وشرط على المشتري إن باعها فهو أحق بها بالثمن أن البيع جائز ، ومعناه والله أعلم أنه جائز مع فساد الشرط .

وإن شرط رهناً فاسداً أو نحوه فهل يبطل؟ على وجهين) .

أما كون كل واحد مما ذكر من[2] الشروط غير شرط العتق باطلاً في نفسه ؛ فلأنه شرط ينافي مقتضى العقد .

و « لأن النبي ﷺ قال لعائشة لما أرادت شراء بريرة فاشترط أهلها ولاءها : اشتريها فأعتقيها فإنما الولاء لمن أعتق . ثم قال : من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فهو باطل ولو كان مائة شرط »[3] متفق عليه .

وأما كونه لا يبطل البيع على روايةٍ فلحديث بريرة .

---

(١) سيأتي ذكر حديث بريرة وتخريجه في الحديث التالي.

(٢) في هـ : مثل.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٥٧٩) ٢: ٩٧٢ كتاب الشروط، باب الشروط في الولاء.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٠٤) ٢: ١١٤١ كتاب العتق، باب إنما الولاء لمن أعتق.

وأما كونه يبطله على روايةٍ ؛ فلأنه إذا بطل الشرط وجب رد ما في مقابلته من الثمن وذلك مجهول فيصير الثمن مجهولاً .

وأما كون شرط العتق يصح في المذهب ؛ فلأن عائشة اشترت بريرة لتعتقها فأجازه النبي ﷺ .

فعلى هذا إن أعتقه فلا كلام وإن لم يعتقه أجبر عليه؛ لأن شرط العتق إذا صح تعلق بعينه فأجبر عليه كما لو نذر عتقه .

وأما كونه لا يصح في روايةٍ فلأنه[١] شرط ينافي مقتضى العقد أشبه ما إذا شرط عليه أن لا يبيعه ، أو شرط عليه إزالة ملكه .

وأما قول المصنف رحمه الله : وعنه فيمن باع جارية ... إلى آخره ؛ فمعناه أنه نقل عن الإمام أحمد هذه الرواية وربما توهم منها صحة الشرط لسكوته عن فساده وليس كذلك بل معناه والله أعلم أن البيع جائز مع فساد الشرط .

وأما كون من شرط رهناً فاسداً ونحوه هل يبطل البيع؟ على وجهين ؛ فلأن شرط ذلك كشرط الشرط الفاسد معنى فكذا يجب أن يكون حكماً .

قال : (الثالث : أن يشترط شرطاً يعلق البيع كقوله : بعتك إن جئتني بكذا أو إن رضي فلان ، أو يقول للمرتهن : إن جئتك بحقك في محله وإلا فالرهن لك فلا يصح البيع . إلا بيع العربون وهو : أن يشتري شيئاً ويعطي البائع درهماً ويقول للمشتري : إن أخذته وإلا فالدرهم لك . فقال أحمد : يصح ؛ لأن عمر فعله . وعند أبي الخطاب لا يصح) .

أما كون البيع لا يصح إذا شرط فيه شرطاً يعلقه كما تقدم ذكره ونحوه ؛ فلأن مقتضى البيع نقل الملك حال التبايع والشرط هنا يمنعه .

وأما كونه لا يصح إذا قال الراهن للمرتهن : إن جئتك بحقك في محله وإلا فالرهن لك ؛ فلأن النبي ﷺ قال : « لا يَغْلَقُ الرهْن »[٢] رواه الأثرم .

ومعناه ما ذكر . قاله أبو عبيد في غريبه ، وأنشد عليه :

---

(١) في هـ : فلا.

(٢) سيأتي تخريجه ص: ٥٥١.

وفارقتك برهن لا فكاك له يوم الوداع فأمسى الرهن قد غلقا

يعني أنها ارتهنت قبله فذهبت به .

وأما كون بيع العربون يصح على قول الإمام أحمد ؛ فلما ذكره المصنف رحمه الله من أن عمر فعله وذلك لأنه روي عنه « أنه اشترى داراً للسجن من صفوان فإن رضي عمر وإلا له كذا وكذا[1] »[2] .

وأما كونه لا يصح على قول أبي الخطاب ؛ فـ « لأن النبي ﷺ نهى عن بيع العربون »[3] رواه ابن ماجة .

ولأنه شرط للبائع شيئاً بغير عوض أشبه ما لو شرطه لأجنبي .

وأما قول المصنف رحمه الله : وهو أن يشتري شيئاً ويعطي البائع درهماً ويقول : إن أخذته وإلا فالدرهم لك ؛ فبيان لمعنى بيع العربون شرعاً .

قال : (وإن قال : بعتك على أن تنقدني الثمن إلى ثلاث وإلا فلا بيع بيننا فالبيع صحيح نص عليه . وإن باعه وشرط البراءة من كل عيب لم يبرأ . وعنه : يبرأ إلا أن يكون البائع علم العيب فكتمه) .

أما كون البيع صحيحاً إذا قال : بعتك على أن تنقدني الثمن إلى ثلاث وإلا فلا بيع بيننا ؛ فلأن ذلك يروى عن عثمان .

ولأن اشتراط الخيار في البيع جائز والشرط المذكور في معناه .

ولأنه نوع بيع فجاز أن يفسخ بتأخر القبض كالصرف .

وأما كون البائع لا يبرأ إذا شرط البراءة من كل عيب علم أو لم يعلم على المذهب ؛ فلأنه شرط يرتفق به أحد المتعاقدين فلا يصح كالأجل المجهول والرهن المجهول .

وأما كونه يبرأ مع الجهل ولا يبرأ مع العلم على روايةٍ وهو المعني بقول المصنف رحمه الله : وعنه لا يبرأ إلا أن يكون البائع علم العيب فكتمه ؛ فلما روي «أن عبدالله

(١) ساقط من هـ.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦: ٣٤ كتاب البيوع، باب ما جاء في بيع دور مكة...

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٣٥٠٢) ٣: ٢٨٣ كتاب البيوع، باب في العُربان.

وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢١٩٢) ٢: ٧٣٨ كتاب التجارات، باب بيع العربان.

بن عمر رضي الله عنه باع عبداً من زيد بن ثابت وشرط البراءة بثمانمائة درهم . فأصاب به زيد عيباً . فأراد رده على ابن عمر . فلم يقبله فترافعا إلى عثمان . فقال عثمان لابن عمر : أتحلف أنك لم تعلم بهذا العيب؟ فقال : لا . فرده عليه »[1] . وهذه قضية اشتهرت ولم تنكر فكان إجماعاً .

وروي عن الإمام أحمد أنه يبرأ مع العلم والجهل لأن البراءة من المجهول صحيحة لما روت أم سلمة « أن رجلين اختصما في مواريث درست إلى رسول الله ﷺ . فقال رسول الله ﷺ : استهما وتوخيا الحق وليحلل كل واحد منكما صاحبه »[2] .

ولأنه إسقاط حق لا تسليم فيه فصح في المجهول كالعتاق والطلاق وإذا صحت البراءة من المجهول وجب صحة الشرط لأنه إبراء من مجهول .

ولأنه عيب رضي به[3] المشتري فبرئ منه البائع كما لو أطلعه عليه .

(١) أخرجه عبدالرزاق في مصنفه (١٤٧٢٢) ٨: ١٦٣ كتاب البيوع، باب البيع بالبراءة...
وأخرجه مالك في الموطأ (٤) ٢: ٤٧٧ كتاب البيوع، باب العيب في الرقيق.
وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٥: ٣٢٨ كتاب البيوع، باب بيع البراءة.
(٢) سيأتي تخريجه ص: ٦٠٤.
(٣) ساقط من هـ .

فصل

قال المصنف رحمه الله : (وإن باعه داراً على أنها عشرة أذرع فبانت أحد عشر فالبيع باطل . وعنه : أنه صحيح والزائد للبائع ولكل واحد منهما الفسخ فإن اتفقا على إمضائه جاز وإن بانت تسعة فهو باطل . وعنه : أنه صحيح والنقص على البائع وللمشتري الخيار بين الفسخ وأخذ المبيع بقسطه من الثمن فإن اتفقا على تعويضه عنه جاز) .

أما كون البيع باطلاً إذا بان المبيع أزيد أو أنقص على الرواية الأولى ؛ فلأنه لا يمكن إجبار أحد المتبايعين على تسليم الزائد ولا على أخذ البعض لما فيه من ضرر الشركة أو النقصان عن حقه .

وأما كونه صحيحاً على الرواية الثانية ؛ فلأن ذلك نقص على المشتري من جهة الحقيقة أو من جهة المعنى فلا يمنع صحة البيع كالعيب . فعلى القول بالبطلان لا إشكال ، وعلى القول بالصحة يكون الزائد فيما إذا بان زائداً للبائع لأنه لم يبعه ولكل واحد منهما الخيار لأن على كل واحد منهما ضرراً بالشركة .

وقال المصنف في المغني : يخير البائع بين دفع المبيع زائداً وبين دفع قدر المبيع فإن اختار تسليمه زائداً فلا خيار للمشتري لأنه زاده خيراً فيما إذا بان زائداً ويكون النقصان فيما إذا بان ناقصاً على البائع لأنه التزمه بالبيع ولا خيار للبائع لأنه لا ضرر عليه في ذلك وللمشتري الخيار بين الفسخ لنقصه وبين أخذ المبيع بقسطه من الثمن لأن الثمن يقسط على كل جزء من أجزاء المبيع فإذا فات جزء استحق ما قابله من الثمن .

وأما كونه يجوز إمضاء العقد في الزائد مع الاتفاق والتعويض في النقص معه ؛ فلأن الحق لهما لا يعدوهما فإذا اتفقا عليه جاز كحالة الابتداء .

باب الخيار في البيع

قال المصنف رحمه الله: (وهو على سبعة أقسام:

أحدها: خيار المجلس. ويثبت في البيع، والصلح بمعناه، والإجارة).

أما كون الخيار على سبعة أقسام؛ فلأنه تارة يكون خيار المجلس، وتارة خيار الشرط، وتارة خيار الغبن، وتارة خيار التدليس، وتارة خيار العيب، وتارة في بيع التولية والشركة والمرابحة والمواضعة، وتارة لاختلاف المتبايعين.

وأما كون أحدها خيار المجلس فظاهر.

وأما كون خيار المجلس يثبت في البيع فلما روى ابن عمر عن رسول الله ﷺ قال: «إذا تبايع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا وكانا جميعاً، أو يخير أحدهما الآخر فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع»[1] متفق عليه.

وقال عليه السلام: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا»[2] رواه الأئمة كلهم.

وأما كونه يثبت في الصلح بمعنى البيع كمن يقر لإنسان بعين أو دين ثم يصالحه على ذلك بعوض؛ فلأنه بيع فيدخل تحت ما تقدم. وإن صولح على ذلك بذهب أو فضة فحكم الصلح حكم الصرف وسيأتي ذكره.

وأما كونه يثبت في الإجارة؛ فلأنها بيع المنافع فيدخل في الحديث المتقدم ذكره.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٠٠٦) ٢: ٧٤٤ كتاب البيوع، باب إذا خير أحدهما صاحبه بعد البيع فقد وجب البيع.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٣١) ٣: ١١٦٣ كتاب البيوع، باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (١٩٧٦) ٢: ٧٣٣ كتاب البيوع، باب ما يمحق الكذب والكتمان في البيع.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٣١) ٣: ١١٦٣ كتاب البيوع، باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين.
كلاهما من حديث حكيم بن حزام.

قال : (ويثبت في الصرف والسلم . وعنه : لا يثبت فيهما) .

أما كون خيار المجلس يثبت في الصرف والسلم على المذهب ؛ فلأن ذلك بيع في الحقيقة فيدخل في قوله ﷺ : « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا »[1] .

ولأنه شرع نظراً لهما في الأحظ وهذا موجود في الصرف والسلم .

وأما كونه لا يثبت فيهما على روايةٍ ؛ فلأن ذلك عقد لا يدخله خيار الشرط فلا يثبت فيه خيار المجلس كالنكاح . وإنما لم يدخله خيار الشرط لأنه عقد يفتقر إلى التقابض في الحال ويقتضي عدم العلقة بينهما وثبوت الخيار بعد التفرق يمنع لزوم القبض ويثبت العلقة بينهما .

قال : (ولا يثبت في سائر العقود إلا في المساقاة والحوالة والسبق في أحد الوجهين) .

أما كون خيار المجلس لا يثبت في سائر العقود غير العقود المستثناة كالنكاح والخلع والقرض والكتابة والتدبير والعتق والوقف والرهن والضمان والكفالة والشركة والمضاربة والجُعالة والوكالة والوديعة والعارية والوصية والهبة الخالية عن العوض والشفعة والقسمة إن قيل هي إفراز والإقالة إن قيل هي فسخ .

أما في النكاح ؛ فلأنه لا يقصد منه العوض .

ولأن الخيار في البيع إنما ثبت استدراكاً للغبن؛ لأنه يقع فجأة عن غير تَرَوٍّ وهذا المعنى لا يوجد في النكاح؛ لأن الغالب أنه لا يوجد إلا بعد تَرَوٍّ وبحث .

وأما في الخلع ؛ فلأنه يقصد منه التفرق أشبه الطلاق .

وأما في القرض والتدبير والكتابة والعتق والوقف والضمان والكفالة والهبة الخالية عن العوض ؛ فلأن فاعل ذلك دخل فيه على أن الحظ لغيره .

وأما في الرهن ؛ فلأنه يضر بالمرتهن لبقاء حقه بلا رهن بتقدير وقوع الخيار .

وأما في الشركة والمضاربة والجُعالة والوكالة والوديعة والعارية والوصية ؛ فلأنها عقود جائزة متى شاء أحدهما فسخ فلا حاجة إلى خيار المجلس .

وأما في الشفعة ؛ فلأنها شرعت لإزالة الضرر فلا يشرع فيها خيار لأنه يناقضه .

وأما في القسمة إذا قيل هي إفراز ؛ فلأنه يجبر عليها ولا خيار في عقود الإجبار[1] .

---

(١) سبق تخريجه ص: ٤٢٦.

وأما في الإقالة إذا قيل هي فسخ ؛ فلأن الخيار يثبت استدراكاً للضرر الحاصل بالعقد ، والإقالة فسخ فلم يدخله الخيار المذكور لعدم صلاحية المحل له .

وأما كونه يثبت في العقود المستثناة وهي المساقاة والحوالة والسبق في وجه : أما في المساقاة ؛ فلأنها في معنى الإجارة في وجه .

وأما في الحوالة ؛ فلأنها بيع في الحقيقة .

وأما في السبق فلما ذكر في المساقاة .

وأما كونه لا يثبت في شيء من ذلك في وجهٍ : أما في المساقاة ؛ فلأنها عقد يكثر فيه الغرر لما فيه من الجهالة .

ولأنها لا يثبت فيها خيار الشرط فكذا خيار المجلس .

وأما في الحوالة ؛ فلأنها إسقاط وإبراء .

وأما في السبق ؛ فلأنه كالجُعالة في وجهٍ ، والجُعالة لا خيار فيها لكونها من العقود الجائزة فكذا ما هو في معناها[٢] .

قال : (ولكل واحد من المتبايعين الخيار ما لم يتفرقا بأبدانهما إلا أن يتبايعا على أن لا خيار بينهما أو يسقطا الخيار بعده فيسقط في إحدى الروايتين ، وإن أسقطه أحدهما بقي خيار صاحبه) .

أما كون كل واحد من المتبايعين له الخيار ما لم يتفرقا إذا لم يتبايعا على أن لا خيار بينهما وإذا لم يسقطاه بعده فلما تقدم من قوله : « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا »[٣] .

وأما كون التفرق بالأبدان لا بالأقوال ؛ فلأن قبل التفرق بالأقوال لم يلزم العقد بل لم يوجد فلا حاجة إلى خيار .

ولأن في بعض ألفاظ الحديث : « وإن تفرقا بعد أن تبايعا و لم يترك أحدهما البيع فقد وجب البيع »[٤] .

ولأن ابن عمر راوي الحديث وكان يفسر الفرقة بفعله[١] .

⇦

(١) في هـ : الإجازة.

(٢) في هـ : معناه.

(٣) سبق تخريجه ص: ٤٢٦.

(٤) هو تكمله لحديث ابن عمر ، وقد سبق تخريجه ص: ٤٢٦.

وأما كون الخيار يسقط إذا تبايعا بشرط أن لاخيار، أو أسقطاه بعد البيع في روايةٍ اختارها الشريف بن أبي موسى؛ فلأن النبي ﷺ قال: «فإن خير أحدهما صاحبه فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع»[2].

وقال عليه السلام: «البيعانِ بالخيار ما لم يَتفرقا، أو يقولُ أحدهما لصاحبه: اخْتَرْ»[3] رواه البخاري.

وأما كونه لا يسقط فيهما في روايةٍ؛ فلأن أكثر الروايات عن النبي ﷺ: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا»[4]. والزيادة على ذلك مذكورة في حديث ابن عمر، وقول الأكثر ذوي الضبط مقدم على رواية المنفرد.

قال المصنف رحمه الله في المغني: والأول أولى لما تقدم.

ولأنه عليه السلام قال: «إلا أن يكونَ البيعُ كانَ عن خِيارٍ فإن كان البيعُ عن خيارٍ فقد وَجَبَ البيْع»[5] متفق عليه.

ولأن الأخذ بما تضمنته الزيادة أولى.

ولأن الأصل أن لا يثبت خيار. خولف مع عدم الشرط والإسقاط للحديث الخالي عن المعارض فيبقى فيما وقع فيه التعارض على الأصل.

وأما كون خيار صاحب من أسقط خياره يبقى؛ فلأنه خيار في المبيع فلم يبطل حق من لم يُسقطه كخيار الشرط.

⇨

(١) أخرجه الترمذي في جامعه عن ابن عمر قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا أو يختارا. قال: فكان ابن عمر إذا ابتاعَ بَيعاً وهو قاعدٌ قامَ لِيجبَ له البيع». (١٢٤٥) ٣: ٥٤٧ كتاب البيوع، باب ما جاء في البيعين بالخيار ما لم يتفرقا. قال الترمذي: حديث ابن عمر حديث حسن صحيح، والعمل على هذا عند بعض أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم.

(٢) سبق تخريجه ص: ٤٢٦، من حديث ابن عمر.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٠٠٣) ٢: ٧٤٣ كتاب البيوع، باب إذا لم يوقّت في الخيار هل يجوز البيع.

(٤) سبق تخريجه ص: ٤٢٦.

(٥) هذا اللفظ أخرجه النسائي في سننه (٤٤٦٧) ٧: ٢٤٨ كتاب البيوع، وجوب الخيار للمتبايعين قبل افتراقهما. وأصله عند الشيخين، وقد سبق تخريجه ص: ٤٢٦.

فصل (في خيار الشرط)

قال المصنف رحمه الله : (الثاني : خيار الشرط . وهو : أن يشترطا في العقد خيار مدة معلومة فيثبت فيها وإن طالت) .

أما كون الثاني خيار الشرط فظاهر .

وأما قول المصنف رحمه الله : وهو أن يشترطا في العقد خيار مدة معلومة ؛ فبيان لمعنى خيار الشرط .

وأما كون خيار الشرط يثبت في المدة المذكورة ؛ فلقوله عليه السلام : « المسلمون عند شروطهم »[1] .

وأما كون ذلك يثبت في المدة إذا طالت ؛ فلأنه حق مقدر يعتمد الشرط فرجع في تقديره إلى من شَرَطَه كالأجل ، أو نقول : مدة ملحقة بالعقد فكانت إلى تقدير المتعاقدين كالأجل .

ويبطل هذا الشرط بالتخاير كخيار المجلس .

قال : (ولا يجوز مجهولاً في ظاهر المذهب . وعنه : يجوز ، وهما على خيارهما إلى أن يقطعاه أو تنتهي مدته) .

أما كون خيار الشرط لا يجوز أن يكون مجهولاً ؛ مثل : أن يشترط الخيار متى شاء ، أو إلى قدوم زيد ، أو إلى الأبد ، أو ما أشبه ذلك في ظاهر المذهب ؛ فلأنها مدة ملحقة بالعقد فلا تجوز مع الجهالة كالأجل .

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٥٩٤) ٣: ٣٠٤ كتاب الأقضية، باب في الصلح. عن أبي هريرة.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٣٥٢) ٣: ٦٣٤ كتاب الأحكام، باب ما ذكر عن رسول الله ﷺ في الصلح بين الناس. عن كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف المزني عن أبيه عن جده . ولفظهما : « المسلمون على شروطهم » .
قال الترمذي : هذا حديث حسن صحيح .

ولأن الخيار إلى الأبد يقتضي المنع من التصرف في المبيع على الأبد وذلك ينافي مقتضى العقد .

وأما كونه يجوز على روايةٍ فلقوله عليه السلام : « المؤمنون على شروطهم »[1] .

فعلى هذا هما على خيارهما إلى أن يقطعاه أو تنتهي مدته إن كانت معلقة بما تنتهي به .

والأولى أولى . اختارها القاضي وابن عقيل .

قال : (ولا يثبت إلا في البيع ، والصلح بمعناه ، والإجارة في الذمة ، أو على مدة لا تلي العقد) .

أما كون خيار الشرط لا يثبت في غير الصور[2] المستثناة ؛ فلأنه لا نص في ذلك ولا هو في معنى المنصوص وذلك ينفي الثبوت لا سيما إذا كان الأصل يعضده .

وأما كونه يثبت في البيع والصلح بمعنى البيع فلما تقدم في خيار المجلس .

وأما الإجارة فهي على ضربين :

أحدهما : إجارة في الذمة ؛ مثل أن يقول : استأجرتك لتخيط هذا الثوب ونحوه . فهذا يثبت فيه خيار الشرط لأنه استدراك للغبن فوجب ثبوته في ذلك كخيار المجلس .

والضرب الثاني : أن لا تكون في الذمة كإجارة الدار ونحوها : وذلك تارة لا تلي العقد ؛ كإجارة سنة خمس وهو في أربع فهذا أيضاً يثبت فيه خيار الشرط لما تقدم في الإجارة في الذمة ، وتارة تلي العقد فهذا لا يثبت فيه خيار الشرط لأنه يفضي إلى فوات بعض المنافع المعقود عليها أو إلى استيفائها في مدة الخيار وكلاهما لا يجوز .

ولم يفصل المصنف رحمه الله هذا التفصيل في الإجارة في خيار المجلس لأنه لا يلزم فيها ما ذكر هاهنا لقصره غالباً .

قال : (وإن شرطاه إلى الغد لم يدخل في المدة . وعنه : يدخل) .

أما كون الغد فيما ذكر لا يدخل على المذهب ؛ فلأن إلى لانتهاء الغاية فلا يدخل ما بعدها فيما قبلها لأن حكم ما بعد الغاية يخالف ما قبلها يؤيده قوله تعالى : ﴿ثم أتموا

---

(١) سبق تخريجه ص: ٤٣٠.

(٢) في هـ : الصورة.

الصيام إلى الليل﴾ [البقرة:١٨٧] لا يدخل الليل في الصيام، وقول الرجل لزوجته: أنت طالق من واحدة إلى ثلاث لا تدخل الثالثة، وقول المقر: له عندي من درهم إلى عشرة لا يدخل الدرهم العاشر.

وأما كونه يدخل في ذلك على روايةٍ؛ فلأن إلى قد تكون بمعنى مع كقوله تعالى: ﴿وأيديكم إلى المرافق﴾ [المائدة:٦] و﴿من أنصاري إلى الله﴾ [آل عمران:٥٢].

ولأن الخيار ثابت بيقين فلا نزيله بالشك.

والأول أصح؛ لأن إلى لانتهاء الغاية وإنما تحمل على معنى مع لدليل أو لتعذر حملها على موضوعها الأصلي.

ولأن الأصل لزوم العقد وإنما خولف فيما اقتضاه الشرط فيثبت فيما يتيقن منه، وما شك فيه يرجع فيه إلى الأصل.

قال: (وإن شرطاه مدة فابتداؤها من حين العقد، ويحتمل أن يكون من حين التفرق).

أما كون ابتداء المدة المشروطة من حين العقد على المذهب؛ فلأن الخيار مدة ملحقة من حين العقد فكان ابتداؤها من حين العقد كالأجل.

وأما كونه يحتمل أن يكون من حين التفرق؛ فلأن الخيار ثابت في المجلس حكماً فلا معنى لإثباته بالشرط.

ولأن حالة المجلس كحالة العقد لأن لهما فيه الزيادة والنقصان.

والأول أصح. قاله المصنف في المغني لما ذكر.

ولأن الاشتراط سبب ثبوت الخيار فوجب أن يتعقبه حكمه كالملك في المبيع.

ولأن المدة لو جعلت من التفرق لأدى إلى جهالتها لأنه لا يعلم متى ابتداؤها فلا يعلم انتهاؤها. وثبوت الحكم لسببين لا يمتنع كالوطء يَحْرم بالصيام والإحرام.

قال: (وإن شرط الخيار لغيره جاز وكان توكيلاً له فيه، وإن شرطا الخيار لأحدهما دون صاحبه جاز).

أما كون شرط الخيار للغير يجوز ويكون توكيلاً له؛ فلأن تصحيح الاشتراط على الوجه المذكور ممكن فوجب حمله عليه صيانة لكلام المكلف عن اللغو. وصار هذا

بمنزلة ما لو قال لغيره : اعتق عبدك عني فإنه يقدر الملك قبـل العتـق تصحيحـاً لكلامـه . فكذلك هاهنا .

وأما كون شرط الخيار لأحد المتبايعين دون صاحبه يجوز ؛ فلأنه إذا جـاز اشـتراطه لهما ؛ فلأن يجوز اشتراطه لأحدهما بطريق الأولى .

قال : (ولمن له الخيار الفسخ من غير حضور صاحبه ولا رضاه ، وإن مضت المدة ولم يفسخا بطل خيارهما) .

أما كون من له الخيار له الفسخ من غير حضـور صاحبـه ولا رضـاه ؛ فلأنـه عقـد جعل إلى اختياره[1] فجاز مع غيبة صاحبه وسخطه كالطلاق .

وأما كون خيارهما يبطل إذا مضت المدة ولم يفسخا ؛ فلأنها مـدة ملحقـة بـالعقد فبطلت بانقضائها كالأجل .

ولأن حكم بقاء الخيار يفضي إلى بقائه أكثر من المدة التي اشترطاها ، وهو إنما ثبت بالشرط فلا يجوز أن يثبت في غير مدته .

ولأن البيع سبب للزوم وإنما تخلف موجبـه بالخيـار فـإذا انقضـت مدتـه لـزم العقـد بموجبه لزوال المعارض .

وفي قول المصنف رحمه الله : ولم يفسخا نظر لأنه إذا فسخ أحدهما يصـدق أنـهما ما فسخا ، وفي هذه الصورة لا يبطل الخيار . وقد احترز عن هـذا في المغـني فقـال : ولم يفسخ أحدهما بطل الخيار ، وليس مراد المصنف إلا هذا وإنما لم يحترز عن هذا اعتمـاداً على ظهور المعنى .

قال : (وينتقل الملك إلى المشتري بنفس العقـد في أظـهر الروايتـين ، فمـا حصـل من كسب أو نماء منفصل فهو له أمضيا العقد أو فسخاه) .

أما كون الملك ينتقل إلى المشتري بنفس العقد في أظهر الروايتين فلقوله ﷺ : «من بَاع عبداً وله مال فماله للبائعِ إلا أن يَشترِطه المبتَاع »[2] رواه البخاري .

---

(١) في هـ: اختيار.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٢٥٠) ٢: ٨٣٨ كتاب المساقاة ، باب الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط...

⇦

وجه الحجة أنه جعل المال للمبتاع إذا اشترطه وهو عام في كل بيع فيدخل فيه بيع الخيار .

وأما كونه لا ينتقل إلا بانقضاء الخيار في روايةٍ ؛ فلأنه عقد قاصر لا يفيد التصرف ولا يلزم فلا ينتقل الملك فيه كالهبة قبل القبض .

والأولى أولى لما ذكر .

ولأنه بيع صحيح فنقل الملك عقيبه كما لو لم يشترط الخيار .

ولأن البيع تمليك بدليل أنه يصح بقوله : ملكتك فيثبت به الملك كالمطلق . ودعوى القصور فيه ممنوعة ، وامتناع التصرف لأجل حق الغير لا يمنع ثبوت الملك كالمرهون والمبيع قبل القبض ، وعدم اللزوم لا يوجب قصوراً ولا يمنع نقل الملك بدليل بيع المعيب .

وأما كون ما حصل من كسب أو نماء منفصل للمشتري مع إمضاء العقد ومع فسخه ؛ فلأنه نماء ملكه الداخل في ضمانه .

ولأنه من ضمانه فيدخل في قوله عليه السلام : « الخراج بالضمان »[1] . قال الترمذي : هو صحيح .

وفي قول المصنف رحمه الله : أو نماء منفصل احتراز عن النماء المتصل كالسمن ونحوه فإن ذلك يتبع العين مع الفسخ لتعذر انفصاله . ولا بد أن يُلحظ في كون النماء المنفصل للمشتري أنه مبني على القول بأن الملك ينتقل بنفس العقد لأن على روايةِ الانتقال بانقضاء مدة الخيار يكون جميع ذلك للبائع لما ذكر .

⇦

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٤٣) ٣: ١١٧٣ كتاب البيوع، باب من باع نخلاً عليها ثمر. كلاهما من حديث ابن عمر .

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٥١٠) ٣: ٢٨٤ كتاب الاجارة، باب فيمن اشترى عبداً فاستعمله ثم وجد به عيباً.

وأخرجه الترمذي في جامعه (١٢٨٦) ٣: ٥٨٢ كتاب البيوع، باب ما جاء فيمن يشتري العبد ويستغله ثم يجد فيه عيباً.

وأخرجه النسائي في سننه (٤٤٩٠) ٧: ٢٥٤ كتاب البيوع، الخراج بالضمان.

وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٢٤٣) ٢: ٧٥٤ كتاب التجارات، باب الخراج بالضمان.

قال : (وليس لواحد منهما التصرف في المبيع في مدة الخيار إلا بما يحصل به تجربة المبيع ، وإن تصرفا ببيع أو هبة ونحوهما لم ينفذ تصرفهما ويكون تصرف البائع فسخاً للبيع ، وتصرف المشتري إسقاطاً لخياره في أحد الوجهين ، وفي الآخر البيع والخيار بحالهما) .

أما كون كل واحد من البائع والمشتري ليس له التصرف في المبيع في مدة الخيار على غير وجه التجربة ؛ فلأنه ليس بملك للبائع فيتصرف فيه ولا انقطعت عنه علقه فيتصرف فيه المشتري .

وأما[1] كونهما إذا تصرفا ببيع أو هبة ونحوهما مما ينقل الملك ويثبت الشغل في المعقود كالإجارة والرهن والكتابة لا ينفذ تصرفهما ؛ فلأنه تصرف لم يصادف محله لأن البائع لا يملكه والمشتري يفضي تصرفه إلى إسقاط حق البائع من الخيار واسترجاع المبيع .

وأما كون تصرف البائع فسخاً للمبيع وتصرف المشتري إسقاطاً لخياره في وجهٍ ؛ فلأن ذلك يحصل بالتصريح فحصل بالدلالة عليه كالمعتَقة فإن خيارها يسقط بتمكينها زوجها من وطئها .

وأما كون تصرف البائع لا يكون فسخاً في وجهٍ ؛ فلأن الملك انتقل عن البائع فلم يكن تصرفه فيه فسخاً واسترجاعاً كمن وجد عين ماله عند مفلس .

وأما كون تصرف المشتري لا يكون إسقاطاً لخياره في وجهٍ ؛ فلأن التصرف غير صحيح فوجوده كعدمه .

وأما كون المشتري له التصرف بما يحصل به تجربة المبيع مثل[2] : أن يركب الدابة لينظر سيرها ، ويطحن على الرحى ليختبرها ؛ فلأن الخيار إنما شرطه ليستعلم به المبيع وذلك طريق إليه فلو لم يجز لما أمكنه تحصيل ما شرط الخيار من أجله .

---

(١) في هـ: أما.

(٢) في و: به التجربة مثل.

قال: (وإن استخدم المبيع لم يبطل خياره في أصح الوجهين، وكذلك إن قبلته الجارية. ويحتمل أن يبطل إن لم يمنعها).

أما كون الخيار باستخدام المبيع لا يبطل في أصح الوجهين؛ فلأن الخدمة لا تختص بالملك فلم يبطل الخيار كالنظر.

وأما كونه يبطل في وجهٍ؛ فلأن الخدمة إحدى المنفعتين فأبطلت الخيار كما[1] لو وطئ.

ولأنه نوع تصرف أشبه ركوب الدابة.

وأما كون تقبيل الجارية المشتري لا يبطل خياره به على المذهب؛ فلأن الحق له و لم يوجد منه ما يدل على إبطاله فوجب أن لا يبطل.

وأما كونه يحتمل أن يبطل إذا لم يمنعها؛ فلأن سكوته استمتاع بها ودليل على رضاه بدليل ما لو عتقت المرأة تحت عبد فوطئها وهي ساكتة.

ولا بد أن يقيد الخلاف المذكور بالشهوة لأنه إذا كان لغير شهوة لا يبطل بغير خلاف لأن التقبيل لغير شهوة ليس باستمتاع بوجه.

قال: (وإن أعتقه المشتري نفذ عتقه وبطل خيارهما، وكذلك إن تلف المبيع. وعنه: لا يبطل خيار البائع وله الفسخ والرجوع بالقيمة).

أما كون إعتاق المشتري العبد المبيع بشرط الخيار ينفذ؛ فلأنه عتق من مالك جائز التصرف تام الملك فنفذ كما بعد مدة الخيار. وقول النبي ﷺ: «لا عتق فيما لا يملك ابن آدم»[2] يدل بمفهومه على نفوذه في الملك.

ولأن ملك البائع الفسخ لا يمنع صحة العتق كما لو باع عبداً بجارية معينة فأعتقه المشتري فإنه ينفذ مع ملك البائع الفسخ، وكما لو وهب الأب لابنه عبداً فأعتقه الابن فإنه ينفذ عتقه مع ملك الأب الفسخ.

---

(١) في هـ: فعطلت الخيار به كما.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٢١٩٠) ٢: ٢٥٨ كتاب الطلاق، باب في الطلاق قبل النكاح. بلفظ: «لا طلاق إلا فيما تملك، ولا عتق إلا فيما تملك ...».

وأخرجه الترمذي في جامعه (١١٨١) ٣: ٤٨٦ كتاب الطلاق، باب ما جاء لا طلاق قبل النكاح. بلفظ: «لا نذر لابن آدم فيما لا يملك، ولا عتق له فيما لا يملك ...».

وأما كون خيار المشتري يبطل فلتصرفه بالعتق الموجب للزوم .

وأما كون خيار البائع يبطل على المذهب فلتعذر الرجوع .

وأما كونه لا يبطل على روايةٍ ؛ فلأنه لم يوجد ما يدل على بطلانه ، وتعذر الرجوع في العين لا يمنع الفسخ لأنه قد يكون في الفسخ مصلحة مثل : أن يكون قد باعه بأقل من ثمن مثله فإذا فسخ ملك الرجوع في قيمته .

وأما كونه له الفسخ على هذه الرواية ؛ فلأن خياره لم يبطل .

وأما كونه إذا فسخ له الرجوع بقيمة المبيع لأنها بدل ما لا مثل له .

وأما كون تلف المبيع كعتق العبد في بطلان الخيار ؛ فلأنه يساويه معنى فكذا يجب أن يساويه حكماً .

قال : (وحكم الوقف حكم البيع في أحد الوجهين ، وفي الآخر : حكمه حكم العتق) .

أما كون حكم وقف المشتري المبيع في وجهٍ حكم بيعه . ومعناه أنه لا ينفذ ؛ فلأنه يتضمن بطلان حق غيره أشبه وقف المرهون .

وأما كون حكمه في وجهٍ حكم عتقه . ومعناه أنه ينفذ ؛ فلأنه تصرف يبطل الشفعة فنفذ كالعتق .

والأول أصح قاله المصنف في المغني لما ذكر . وفارق العتق لتأكده بدليل أنه يسري إلى ملك الغير ، ويبنى على التغليب ، ويصح في الرهن بخلاف الوقف .

قال : (وإن وطئ المشتري الجارية فأحبلها صارت أم ولده وولده حر ثابت النسب ، وإن وطئها البائع فكذلك إن قلنا البيع ينفسخ بوطئه ، وإن قلنا لا ينفسخ فعليه المهر وولده رقيق إلا إذا قلنا الملك له ، ولا حد فيه على كل حال .

وقال أصحابنا : عليه الحد إذا علم زوال ملكه وأن البيع لا ينفسخ بالوطء . وهو المنصوص) .

أما كون الجارية تصير أم ولد المشتري بإحباله ؛ فلأنه إحبال صادف محله فوجب أن تصير الموطوءة أم ولد كما لو أحبلها بعد انقضاء الخيار .

وأما كون ولده حر ثابت النسب ؛ فلأنه من وطء في مملوكة له .

وأما كون البائع إذا وطئ الجارية وقيل البيع ينفسخ بوطئه كالمشتري في صيرورة الجارية أم ولد وكون الولد حر ثابت النسب ؛ فلأن البيع إذا انفسخ بالوطء صادف إحبال البائع ملكه والإحبال في الملك يوجب ذلك .

وأما كون المهر عليه وكون ولده رقيقاً إذا قيل وطء البائع لا يوجب الفسخ وقيل الملك للمشتري زمن الخيار ؛ فلأنه وطء في ملك الغير .

وأما كونه لا مهر عليه وكون ولده حراً إذا قيل الملك باق للبائع ؛ فلأنه وطء في ملك .

وأما الحد فالمنصوص عن أحمد أنه إن كان عالماً بالتحريم فعليه الحد . وهذا يستدعي كون الملك لغيره ، وأن[1] البيع لا ينفسخ بالتصرف .

والحجة في وجوبه[2] أنه وطء لم يصادف ملكاً ولا شبهة ملك .

وقال ابن عقيل : لا حد عليه بحال . وهو اختيار المصنف .

وقال في المغني : وهو الصحيح لأنه وطئه إما أن يصادف ملكاً أو شبهه لأن العلماء اختلفوا في ثبوت ملكه وإباحة وطئه وذلك شبهة .

قال : (ومن مات منهما بطل خياره ولم يورث . ويتخرج : أن يورث كالأجل) .

أما كون من مات من البائع والمشتري يبطل خياره ولم يورث على المذهب ؛ فلأنه حق فسخ لا يجوز الاعتياض عنه فبطل ولم يورث كخيار الرجوع في الهبة .

وأما كونه يتخرج أن يورث فلقوله عليه السلام : « من ترك حقاً فلورثته »[3] ، وقياساً على الأجل في الثمن ، وعلى خيار الوصية .

---

(١) في هـ : ولأن.

(٢) في هـ : والحجة لوجوبه.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه من حديث أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: « من ترك مالاً فلورثته ». (٢٢٦٨) ٢: ٨٤٥ كتاب الاستقراض، باب الصلاة على من ترك دَيناً.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٦١٩) ٣: ١٢٣٧ كتاب الفرائض، باب من ترك مالاً فلورثته . مثله.

فصل [في خيار الغبن]

قال المصنف رحمه الله : (الثالث : خيار الغبن . ويثبت في ثلاث صور :

إحداها : إذا تلقى الركبان فاشترى منهم وباع لهم فلهم الخيار إذا هبطوا السوق وعلموا أنهم قد غبنوا غبناً يخرج عن العادة).

أما كون الثالث خيار الغبن ؛ فلأنه يلي الثاني .

وأما كون الركبان لهم الخيار إذا تُلُقّوا واشتريَ منهم أو بيع لهم فغبنوا ؛ فلما روى أبو هريرة أن رسول الله ﷺ قال : « لا تَلَقّوا الجلب فمن تلقاه فاشتريَ منه فإذا أتى السوق فهو بالخيار »[1] رواه مسلم .

وثبوت الخيار مشعر بأن البيع من الركبان والشراء لهم صحيح . وفي صحة ذلك روايتان :

إحداهما : أنه صحيح لأن النهي لا لمعنى في البيع بل يعود إلى ضرب من الخديعة يمكن استدراكه بالخيار أشبه بيع المصرّاة .

والرواية الثانية : أنه باطل لأنه منهي عنه أشبه بيع الحاضر للبادي .

والأولى أصح لما تقدم .

والفرق بين ما ذكر وبين بيع الحاضر للبادي أن بيع الحاضر لا يمكن استدراكه بالخيار لأن الضرر ليس عليه إنما هو على المسلمين بخلاف تلقي الركبان فإن الضرر عليهم ، واستدراك ذلك حاصل بثبوت الخيار لهم فلا حاجة إلى إبطال البيع والشراء .

وأما ما يشترط لثبوت الخيار فأمران :

أحدهما : الغبن؛ لأنه إنما ثبت للخديعة ودفع الضرر عن البائع ولا ضرر مع عدم الغبن .

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٥١٩) ٣: ١١٥٧ كتاب البيوع، باب تحريم تلقي الجلب.

فإن قيل : الحديث مطلق؟

قيل : يجب حمله على ذلك للعلم بمعناه .

فإن قيل : لم قلت إن الحديث معناه ذلك؟

قيل : لأن النبي ﷺ لما جعل لهم الخيار إذا هبطوا السوق فُهم منه إرادة الغبن لأنه لولا ذلك لجعل لهم الخيار من حين البيع .

والثاني : تقدير الغبن بما يخرج عن العادة لأن الشرع لم يرد بتحديد ذلك فرجع فيه إلى ذلك كالحِرْز .

وقال أبو بكر في تنبيهه وابن أبي موسى في إرشاده : ذلك مقدر بالثلث لأن الثلث كثير بدليل قوله عليه السلام : « والثلث كثير »[1] .

وقيل : هو مقدر بالسدس لأن الخيار لو ثبت بأقل من ذلك لأدى إلى بطلان كثير من العقود .

قال : (والثانية في النجش وهو : أن يزيد في السلعة من لا يريد شراءها ليغُر المشتري فله الخيار إذا غبن) .

أما قول المصنف وهو أن يزيد في السلعة . . . إلى المشتري ؛ فبيان لمعنى النجش . وزاد فيه غيره[2] : أن يكون الذي زاد معروفاً بالحِذْق . ولا بد منه لأن التغرير لا يحصل للمشتري إلا بذلك . ويحتمل أن المصنف رحمه الله إنما ترك ذلك هنا لأن قوله ليغر المشتري مشعر به .

وأما كون المشتري يثبت له الخيار إذا غبن في البيع المذكور ؛ فلأنه مغبون فوجب أن يثبت له الخيار كالركبان إذا تُلُقّوا فاشتريَ منهم وغبنوا .

وثبوت الخيار مشعر بصحة البيع . وفيه أيضا روايتان :

إحداهما : أنه صحيح ؛ لأنه ثبت فيه الخيار بالقياس على الركبان . فكذلك الصحة .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٤١٤٧) ٤: ١٦٠٠ كتاب المغازي، باب حجة الوداع.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٦٢٨) ٣: ١٢٥٢ كتاب الوصية، باب الوصية بالثلث.

(٢) في هـ : غير.

وثانيهما : أنه باطل ؛ لما روى ابن عمر « أن رسول الله ﷺ نهى عن النّجْش »[1] .
وعن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال : « لا تَنَاجَشُوا »[2] متفق عليهما .
ولأن في ذلك تغريراً بالمشتري وخديعة له فدخل في المنـهي عنـه لقـول النبي ﷺ : « الخديعة في النار »[3] . وإذا كان منهياً عنه كان البيع باطلاً؛ لأن النهي يقتضي الفسـاد والبطلان .

والأول أصح؛ لأن النهي عائد إلى الناجش لا إلى العاقد فلم يؤثر في صحة البيع .
فإن قيل : لم يُقيِّد المصنف رحمه الله الغبن في هذه المسألة بما يخرج عن العادة؟
قيل : قيده في المغني . وإنما تركه هنا؛ لأنه نبّه على ذكره في المسألة قبلها .

قال : (الثالثة : المسترسل إذا غبن الغبن المذكور .
وعنه : أن النجش وتلقي الركبان باطلان) .

أما كون المسترسل يثبت له الخيـار إذا غـبن بمـا تقـدم ذكـره في الصورتـين المتقـدم ذكرهما ؛ فلأنه غبن حصل بجهله بالمبيع فأثبت الخيار كالغبن في تلقي الركبان .
فإن قيل : ما المراد بالمسترسل المذكور ؟
قيل[4] : الذي لا معرفة لـه بقيـم السلع والأسـعار ، ولا يحصـل لـه المعرفـة بذلـك بالتثبت . فلو كان عالماً بالغبن أو جاهلاً لكن لو توقف لعَرَف فغبن فلا خيار له :
أما العالم ؛ فلأنه رضي بالغبن .
وأما المستعجل ؛ فلأن الغبن حصل بتفريطه وتركه التثبت فكان كالراضي بالغبن .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٠٣٥) ٢: ٧٥٣ كتاب البيوع، باب النجش ، ومن قال: لا يجوز ذلك البيع.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥١٦) ٣: ١١٥٦ كتاب البيوع، باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه...
(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٥٧١٩) ٥: ٢٢٥٣ كتاب الأدب، باب ﴿يا أيها الذين آمنوا اجتنبوا كثيراً من الظن ...﴾.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٤١٣) ٢: ١٠٣٣ كتاب النكاح، باب تحريم الخطبة على خطبة أخيه...
(٣) ذكره البخاري تعليقاً في صحيحه ٢: ٧٥٣ كتاب البيوع، باب النجش ، ومن قال: لا يجوز ذلك البيع.
(٤) ساقط من هـ .

وأما كون بيع النجش وتلقي الركبان باطلين على روايةٍ فلما تقدم ذكره في الصورة الأولة والثانية .

فصل (في خيار التدليس)

قال المصنف رحمه الله : (**الرابع : خيار التدليس بما يزيد به الثمـن ؛ كتصرية اللـبن في الضرع ، وتحمير وجه الجارية ، وتسويد شعرها ، وتجعيده ، وجمع ماء الرحى وإرساله عند عرضها فهذا يثبت للمشتري خيار الرد مع المصراة عوض اللبن صاعاً من تمر فإن لم يجد التمر فقيمته في موضعه سواء كانت ناقة أو بقرة أو شاة**).

أما كون الرابع خيار التدليس ؛ فلأنه يلي الثالث .

وأمـا قـول المصنـف رحمـه الله : كتصريـة اللـبن في الضـرع . . . إلى قولـه : عنـد عرضها ؛ فتعداد لصور التدليس وبيان لها .

وأما كون التدليس يُثبت للمشتري خيار الرد : أما التصرية ؛ فلما روى أبو هريـرة أن رسول الله ﷺ قال : « لا تصروا الإبل والغنم فمن ابتاعها بعدُ فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها إن شاء أمسك وإن شاء ردها وصاعاً من تمر »[1] متفق عليه .

ولأنه تدليس غر المشتري فيه بالتصرية فكان له الخيار كبيع النجش .

وأما باقي الصور التي ذكرها المصنف رحمه الله ؛ فلأنه في معناها لأنه تدليس يختلف الثمن باختلافه أشبه التصرية .

وأما معنى التصرية فهو جمع اللبن في الضرع .

قال البخاري : أصل التصرية حبس الماء . يقال : صـرى المـاء في الحـوض وصـرى الطعام في فيه وصَرَى الماء في ظهره إذا ترك الجماع . وأنشد أبو عبيدة :

رأيت غلاماً قد صَرَى في فِقْرَتِهْ ماءَ الشباب عُنْفُوانَ سَـنْبِتِهْ

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٠٤١) ٢: ٧٥٥ كتاب البيوع، بـاب النـهي للبـائع أن لا يُحفـل الإبـل والبقر والغنم وكل مُحفلةٍ.
وأخرجه مسـلم في صحيحه (١٥١٥) ٣: ١١٥٥ كتـاب البيـوع، بـاب تحريـم بيـع الرجـل على بيـع أخيه . . .

وأما كون المشتري يرد مع المُصَرّاةِ عوض اللبن صاعاً من تمر ؛ فلأن النبي ﷺ قال : « إن شاء أمسك وإن شاء ردها وصاعاً من تمر »[1] .

وفي لفظ للبخاري : « وإن سَخِطَهَا ففي حَلْبَتِهَا صاعٌ من تمر »[2] .

وأما كونه يرد قيمة التمر إذا لم يجده ؛ فلأنه عجز عن عين الواجب فوجب الرجوع إلى قيمته أشبه ما لو أتلف ذلك على آدمي .

وأما كون قيمة التمر في موضع العقد ؛ فلأن القيمة بدل عن التمر فكان موضعه موضعه .

وأما كون التصرية تُثبت خيار الرد سواء كانت المصراة ناقة أو بقرة أو شاة فلعموم قوله عليه السلام : « من اشترى مُصَرَّاةً فهو بالخيار »[3] رواه البخاري .

وفي حديث ابن عمر : « من ابتاع مُحَفّلَةً »[4] . ولم يفصل .

ولأن الإبل والغنم منصوص عليهما بقوله عليه السلام : « لا تصروا الإبل والغنم »[5] فثبت فيهما بالتصريح وفي البقر بالتنبيه لأن لبن البقر أغزر وأكثر .

قال : (فإن كان اللبن بحاله لم يتغير رده وأجزأه . ويحتمل أن لا يجزئه إلا التمر) .

أما كون المشتري يرد اللبن غير المتغير ويجزئه على المذهب ؛ فلأن التمر إنما وجب عن اللبن فإذا رد الأصل وجب أن يجزئ كسائر الأصول مع أبدالها .

وأما كونه يحتمل أن لا يجزئه إلا التمر ؛ فلأن كون اللبن في الضرع أحفظ له .

ولأن إطلاق الحديث يدل عليه .

وأما قول المصنف رحمه الله : لم يتغير فظاهره أن اللبن إذا تغير لا يجزئه رده وجهاً واحداً لأنه جعل عدم التغيير شرطاً في الإجزاء . وظاهر قول القاضي أن الخلاف

---

(١) سبق تخريجه في الحديث السابق.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٠٤٤) ٢: ٧٥٦ كتاب البيوع، باب إن شاء رد المُصَراة وفي حَلبتها صاع من تمر.

(٣) أخرجه البخاري في الموضع السابق. ولفظه: « من اشترى غنماً مصراة... ».
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٢٤) ٣: ١١٥٨ كتاب البيوع، باب حكم بيع المصراة. واللفظ له.

(٤) أخرجه أبو داود في سننه (٣٤٤٦) ٣: ٢٧١ كتاب البيوع، باب من اشترى مصراة فكرهها.

(٥) سبق تخريجه ص: ٤٤٣.

موجود مع التغير وعدمه لأنه علـل احتمـال الإجـزاء بـأن النقـص حصـل باسـتعمال[1] المبيع . وعلل احتمال عدم الإجزاء بأن اللبن نقص في يده بالحموضة فهو كما لو أتلفه . وصرح المصنف في الكافي بالخلاف مع التغير ونسب لزوم القبول إلى القاضي .

قال : (ومتى علم التصرية فله الرد . وقال القاضي : ليس له ردها إلا بعد ثلاث) .

أما كون المشتري له الرد بمجرد العلم على المذهب ؛ فلأنه علم سبب الرد فكان له حينئذ أشبه ما لو علم بالعيب .

وأما كونه ليس له ذلك قبل مضي ثلاث على قول القاضي ؛ فلأن أبا هريـرة روى أن رسول الله ﷺ قال : « من اشترى مُصَرّاةً فهو بالخيار ثلاثة[2] أيام »[3] رواه مسلم .

وجه الحجة : أن الشرع قدر الثلاث لمعرفة التصرية لأن التصرية لا تعـرف إلا بعـد مضيها لأنه يجوز أن يختلف لبنها لتغير المكـان واختـلاف العلـف[4] فـإذا مضـت الثلاثـة استبان ذلك فوجب أن يثبت له الخيار حينئذ ولا يثبت قبله .

وقال المصنف رحمه الله في المغني : ظاهر قول ابن أبي موسى أنـه إذا علـم التصريـة ثبت له الخيار في الأيام الثلاثة إلى تمامها وهو ظاهر الحديث .

قال : (وإن صار لبنها عادة لم يكن له الرد في قيـاس قولـه : إذا اشـترى أمـة مزوجـة فطلقها الزوج لم يملك الرد) .

أما كون المشتري ليس له الرد إذا صار لبن المصراة عادة ؛ فلأن الخيـار جُعـل لدفـع الضرر بالعيب وقد زال الضرر فامتنع ثبوت الرد؛ لأن الحكم يزول بزوال علته .

وأما قول المصنف رحمه الله : في قياس قوله إذا اشترى أمة مزوجة فطلقها الـزوج ؛ فتنبيه على أمرين :

أحدهما : أن الحكم في المصراة مأخوذ من المسألة المذكورة لأنها منصـوص عليـها والمصراة في معناها .

---

(١) في و: باستعلام.

(٢) في هـ: ثلاث.

(٣) سبق تخريجه ص: ٤٤٤.

(٤) في هـ : العلم.

وثانيهما : أن الأمة إذا بيعت فبانت مزوجة فطلقها الزوج لا رد لمشتريها . وقد تقدم علة ذلك .

قال : (وإن كانت التصرية في غير بهيمة الأنعام فلا رد له في أحد الوجهين . وفي الآخر : له الرد ، ولا يلزمه بدل اللبن) .

أما كون مشتري المصراة من غير بهيمة الأنعام كالأمة والأتان لا رد له في وجهٍ ؛ فلأن لبن ذلك لا يعتاض عنه في العادة ولا يقصد قصد لبن بهيمة الأنعام .

وأما كونه له الرد في وجهٍ فلعموم قوله عليه السلام : « من اشترى مُصَرَّاةً »[1] و « من اشترى مُحَفَّلَةً »[2] .

ولأن الثمن يختلف بذلك لأن لبن الأمة يراد للارتضاع ويرغب فيها ظئراً ويحسن ثديها ولذلك لو اشترط كثرة لبنها فبان بخلافه ملك الفسخ ولبن الأتان يراد لولدها .

وأما كونه لا يلزمه بدل اللبن على كل حال ؛ فلأن ذلك لا يباع عادة ولا يعاوض عنه .

قال : (ولا يحل للبائع تدليس سلعته ولا كتمان عيبها فإن فعل فالبيع صحيح . وقال أبو بكر : إن دلس العيب فالبيع باطل ، قيل له : فما تقول في التصرية؟ فلم يذكر جواباً) .

أما كون البائع لا يحل له التدليس ؛ فلأن النبي ﷺ قال : « من غشنا فليس منا »[3] .

و « نهى النبي ﷺ عن التصرية »[4] لكونها تدليساً وذلك يقتضي عدم حل كل تدليس .

---

(١) سبق تخريجه ص: ٤٤٤.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٠٥٦) ٢:٧٥٩ كتاب البيوع، باب النهي عن تلقي الركبان. عن ابن مسعود.

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه (١٠١) ١: ٩٩ كتاب الإيمان، باب قول النبي ﷺ: « من غشنا فليس منا ».

وأخرجه الترمذي في جامعه (١٣١٥) ٣: ٦٠٦ كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية الغش في البيوع.

وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٢٢٥) ٢: ٧٤٩ كتاب التجارات، باب النهي عن الغش.

(٤) سبق ذكره أحاديث النهي عن التصرية قبل قليل .

وأما كونه لا يحل له كتمان العيب ؛ فلأن النبي ﷺ قال : « المسلمُ أخو المسلم . لا يَحلُ لمسلمٍ باعَ من أخيه بَيعاً إلا بيّنهُ له »[1] .

وقال : « من بَاع بيعاً لم يُبيّنه ، لم يَزل في مَقْتٍ مـن الله ، ولم تـزل الملائكـةُ تَلعنـه »[2] رواهما ابن ماجة .

وقال : « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا فإن صدقا وبيّنا بورك لهمـا وإن كذبـا وكتمـا محقت بركة بيعهما »[3] متفق عليه .

وأما كون البيع مع ذلك صحيحاً على المذهب ؛ فلأن النبي ﷺ صحح بيع المصراة مع أنه منهي عنه وأثبت فيه الخيار[4] .

ولأن العيب نقص في حق المشتري فلم يمنع صحة البيع كالتصرية .

وأما كونه باطلاً إذا دلس العيب علـى قـول أبـي بكـر ؛ فلأنـه منـهي عنـه والنـهي يقتضي الفساد والبطلان .

والأول أصح ؛ لحديث المصراة .

وأشار المصنف إلى انقطاع حجة أبي بكر بقوله : قيل لـه : مـا تقـول في التصريـة؟ فلم يذكر جواباً لأن التصرية إلزام صحيح ليس عنه جواب .

---

(١) أخرجه ابن ماجة في سننه (٢٢٤٦) ٢: ٧٥٥ كتاب التجارات، باب من باع عيباً فليبينه.

(٢) أخرجه ابن ماجة في سننه (٢٢٤٧) الموضع السـابق. قـال في الزوائـد: في إسـناده بقيـة بـن الوليـد وهـو مدلس وشيخه ضعيف.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (١٩٧٣) ٢:٧٣٢ كتاب البيوع، باب إذا بين البيعان ولم يكتما ونصحا. وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٣٢) ٣: ١١٦٤ كتاب البيوع، باب الصدق في البيع والبيان.

(٤) ر ص: ٤٤٤.

فصل (في خيار العيب)

قال المصنف رحمه الله: (الخامس: خيار العيب. وهو: النقص كالمرض وذهاب جارحة أو سن أو زيادتها ونحو ذلك. وعيوب الرقيق من فعله كالزنا والسرق والإباق والبول في الفراش إذا كان من مميز، فمن اشترى معيباً لم يعلم عيبه فله الخيار بين الرد والإمساك مع الأرش وهو قسط ما بين قيمة الصحيح والمعيب من الثمن).

أما كون الخامس خيار العيب؛ فلأنه يلي الرابع.

وأما كون العيب يثبت للمشتري خيار الرد؛ فلأن مطلق العقد يقتضي السلامة بدليل ما روي عن النبي ﷺ «أنه اشترى مملوكاً فكتب: هذا ما اشترى محمد بن عبدالله من العَدّاءِ بن خالد، اشترى منه عبداً أو أمة لا دَاءَ به ولا غَائِلَةَ بيع المسلمِ للمسلم»[1].

وإذا كان مقتضى العقد السلامة وجب ثبوت الخيار بظهور المبيع معيباً استدراكاً لما فاته وإزالة لما يلحقه من ضرر بقائه في ملكه ناقصاً عن حقه.

وأما كون العيب المثبت للخيار النقص؛ فلأنه يقلل الثمن في عادات التجار لأن المبيع إنما صار محلاً للعقد باعتبار صفة المالية فوجب اعتبار النقص لأنه ينقص به الثمن في عادة أهل ذلك.

وأما قول المصنف رحمه الله: كالمرض... إلى قوله: ونحو ذلك فتعداد لأشياء ينقص بها الثمن ليست من فعل العبد.

---

(١) أخرجه الترمذي في جامعه (١٢١٦) ٣: ٥٢٠ كتاب البيوع، باب: ما جاء في كتابة الشروط.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٢٥١) كتاب التجارات، باب: شراء الرقيق.
وذكره البخاري معلقاً ٢: ٧٣١ في كتاب البيوع، باب إذا بين البيعان ولم يكتما ونصحا.

وأما قوله : كالزنا والسرق والإباق والبول في الفراش فتعداد لأشياء ينقص بها الثمن وهي من فعل العبد .

وكل ذلك يثبت به الخيار لأن الزنا ينقص قيمة العبد ويعرضه لإقامة الحد ويقلل الرغبة فيه وربما أدى ذلك إلى تلفه ، والسرق والإباق والبول في الفراش عيب في الكبير وهو الذي جاوز العشر . وهو المراد بقول المصنف رحمه الله : إذا كان من مميز وليس ذلك بعيب في الصغير لأن السرق والإباق في الصغير لنقصان عقله والبول لضعف بُنْيَتِه ، وفيما بعد الكبر لخبث في طبيعته والبول لداء في باطنه .

وأما كون من اشترى معيباً لم يعلم عيبه له الخيار بين رده وبين إمساكه مع الأرش : أما الرد ؛ فلأنه ظهر على عيب لم يعلم به فاستحق به الأرش كما لو تعيب عنده .

ولأنه فاته جزء من المبيع فكان له المطالبة بعوضه كما لو أتلفه بعد البيع .

فإن قيل : النبي ﷺ خيّر في المصراة بين الرد وبين الإمساك بلا أرش فيجب أن يكون هنا كذلك .

قيل : المصراة ليس فيها عيب وإنما ملك الخيار بالتدليس لا لفوات جزء فلذلك لا يستحق أرشاً .

ولأن إلحاق المعيب بالمصراة لا يصح لأن المصراة لا يرجع مشتريها بالأرش إذا تعذر الرد بخلاف المعيب فإنه يرجع بالأرش عند تعذر الرد وفاقاً من المخالف هنا .

وفي تقييد المصنف رحمه الله الخيار بعدم العلم إشعار بأنه إذا كان عالماً لا خيار له وهو صحيح لأنه دخل على بصيرة فلم يثبت له خيار كما لو صرح بالرضى به[1] .

وأما كون الأرش قسطُ ما بين قيمة الصحيح والمعيب من الثمن ؛ فلأنه لا يؤدي إلى محذور [بخلاف جعله قسط قيمته لأنه يؤدي إلى محذور][2] وهو اجتماع الثمن والمثمن للمشتري في صورة هي : ما لو كان الثمن نصف قيمته وكان الأرش نصف قيمته لأنه إذا اشترى ما قيمته عشرون بعشرة فوجد به عيباً أرشه عشرة فإذا أخذها اجتمع له الثمن والمثمن .

فإن قيل : ما مثال قسط ما بين قيمة الصحيح والمعيب من الثمن؟

---

(١) ساقط من هـ.

(٢) مثل السابق.

قيل : مثاله أن يكون قيمته صحيحاً عشرة ومعيباً خمسة فالمعيب نقص خمسة ونسبتها إلى قيمته صحيحاً النصف فيرجع[1] بنصف الثمن وهو المعني بقول المصنف رحمه الله : وهو قسط ما بين قيمة الصحيح والمعيب من الثمن .

قال : (وما كسب فهو للمشتري وكذلك نماؤه المنفصل . وعنه : لا يرده إلا مع نمائه) .

أما كون كسب المبيع المعيب المردود لعيبه للمشتري ؛ فلأن عائشة روت « أن رجلاً اشترى عبداً فاستغلّه ما شاء ثم وجد به عيباً فردَّه . فقال : يا رسول الله ! إنه استَغَلّ غلامي . فقال رسول الله ﷺ : الخراج بالضمان »[2] رواه أبو داود وابن ماجة .

وأما كون المنفصل كالولد والثمرة المجذوذة واللبن المحلوب كذلك على المذهب ؛ فلأنه نماءٌ حدث في ملك المشتري فلم يمنع الرد كالكسب ، وكما لو كان في يد البائع .

وأما كونه لا يرد الأصل إلا معه على روايةٍ ؛ فلأن النماء موجَب العقد فلا يُرْفَع العقد مع بقاء موجبه .

وهذا الخلاف هو المعنيّ بقول المصنف رحمه الله : وكذلك نماؤه المنفصل . وعنه : لا يرده إلا مع نمائه . ولا تعود هذه الرواية إلى الكسب لأنه ذكر في المغني أن الكسب زيادة من غير العين . ثم قال : فكل ذلك للمشتري في مقابلة ضمانه . ثم قال : ولا نعلم في هذا خلافاً . وحكى في الكافي في الزيادة من غير العين كالكسب ونحوه روايتين وفيه نظر لما ذكر عن المصنف في المغني .

وحكى صاحب النهاية فيها : الكسب مما أجمع عليه .

قال : (ووطء الثيب لا يمنع الرد . وعنه : يمنع) .

أما كون وطء الثيب لا يمنع الرد على روايةٍ ؛ فلأنه قول زيد بن ثابت .

وأما كونه يمنعه على روايةٍ ؛ فلأنه قول علي بن أبي طالب رضي الله عنه .

---

(١) في هـ : ويرجع.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٣٥١٠) ٣ :٢٨٤ كتاب البيوع، باب فيمن اشترى عبداً فاستعمله ثم وجد به عيباً.

وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٢٤٣) ٢: ٧٥٤ كتاب التجارات، باب الخراج بالضمان.

ولأن الوطء يجري مجرى الجناية لأنه لا يخلو في ملك الغير من عقوبة أو مال فوجب أن يمنع الرد كما لو كانت بكراً .

والأولى أصح لما ذكر .

ولأنه معنى لا ينقص عينها ولا قيمتها ولا يتضمن الرضا بالعيب فلم يمنع الرد كالاستخدام .

قال : (وإن وطئ البكر أو تعيبت عنده فله الأرش . وعنه : أنه مخير بين الأرش وبين رده وأرش العيب الحادث عنده ويأخذ الثمن .

قال الخرقي : إلا أن يكون البائع دلس العيب فيلزمه رد الثمن كاملاً) .

أما كون المشتري له الأرش إذا وطئ البكر أو تعيب المبيع عنده ثم ظهر على عيب ؛ فلأن العقد اقتضى السلامة فقابل كل جزءٍ من الثمن كل جزء من المبيع فإذا فات منه شيء وجب الرجوع فيما قابله من الثمن .

وفي اقتصار المصنف على الأرش إشعار بأن وطء البكر وحدوث العيب يمنع الرد وهو صحيح على المذهب .

أما وطء البكر ؛ فلأنه إذهاب لجزء منها أشبه ما لو قطع يدها .

وأما في حدوث العيب في ملكه كقطع يدها وما أشبه ذلك ؛ فلأن الرد بالعيب إنما شرع لإزالة الضرر وفي رد المبيع المعيب عند المشتري ضرر على البائع والضرر لا يزال بالضرر .

ولأن ضرر المشتري ينجبر بالأرش فتعين لكونه طريقاً صالحاً لإزالة ضرر سالماً عن معارضة ضرر البائع .

وأما كونه مخيراً بين أخذ الأرش وبين رد المبيع وأرش العيب الحادث على روايةٍ ؛ فلأنه عيب حدث عند أحد المتبايعين فلم يمنع الخيار المذكور كالعيب الحادث عند البائع قبل القبض .

ولأن العيبين قد وجدا والبائع قد دلس والمشتري لم يدلس فكان اعتبار خيانة المدلس أولى .

ولأن الرد كان جائزاً قبل حدوث العيب فلا يزول عنه إلا بدليل وضرر البائع ينجبر برد أرش العيب الحادث عند المشتري عليه .

فعلى هذا إن أمسك المبيع وأخذ أرش العيب الموجود قبل البيع فلا إشكال ، وإن رد المبيع نظر في البائع فإن لم يكن دلس العيب وجب على المشتري رد أرش العيب الحادث عنده؛ لأن التلف حصل في يده فكان ضمانه عليه .

ولأن الأرش الحادث في ملك البائع عليه . فكذلك الأرش الحادث في ملك المشتري وإذا وجب على المشتري ذلك سقط من الثمن ما قابله إن كان من جنسه وأخذ المشتري باقي الثمن؛ لأنه عوض فات معوضه .

وإن كان البائع دلس العيب لم يجب على المشتري رد أرش العيب الحادث عنده لأن البائع غرّه فكان ما يستحقه عليه من أرش العيب الحادث عليه كما لو زوجه أمة على أنها حرة . ويأخذ المشتري من البائع الثمن كاملاً لفوات معوضه السالم عن استحقاق أرش .

قال : (قال القاضي : ولو تلف المبيع عنده ثم علم أن البائع دلس العيب رجع بالثمن كله . نص عليه في رواية حنبل . ويحتمل أن يلزمه عوض العين إذا تلفت وأرش البكر إذا وطئها لقوله عليه السلام : « الخراج بالضمان »[1] ، وكما يجب عوض لبن المصراة على المشتري) .

أما كون المشتري يرجع بالثمن كله من غير أن يضمن العين على منصوص الإمام أحمد فلما ذكر في أرش العيب الحادث عند المشتري إذا دلسه البائع .

وأما كونه يحتمل أن يلزمه عوض العين وأرش البكر ؛ فلأن التلف حصل في يده . وقد أيد المصنف هذا الاحتمال بأن قال في المغني : مذهب أكثر أهل العلم فيما أرى أن المبيع بعد قبضه من ضمان المشتري سواء دلس البائع العيب أو لم يدلسه وهو معنى قوله عليه السلام : « الخراج بالضمان »[2] .

---

(١) سبق تخريجه ص: ٤٥٠.

(٢) مثل السابق.

ولأن المصراة أصل الرد بالعيب ، والتصرية تدليس ومع ذلك أوجب على المشــتري عوض اللبن .

ولأنه مبيع تعيب في يد المشتري بعد تمام ملكه عليه فكان مــن ضمانــه كمــا لــو لم يدلسه .

قال : (وإن أعتق العبد أو تلف المبيع رجع بأرشه ، وكذلك إن باعـه غـير عـالم بعيبـه نص عليه ، وكذلك إن وهبه . وإن فعله عالماً بعيبه فلا شيء له ، وذكر أبو الخطـاب رواية أخرى فيمن باعه ليس له شيء إلا أن يرد عليه المبيع فيكون له حينئذ الـرد أو الأرش) .

أما كون المشتري يرجع بالأرش إذا أعتق العبد ؛ فلأن الرد تعذر من جهته أشبه مــا لو أمسك المبيع .

ولأنه كان مخيراً بين الرد والأرش فإذا تعذر الرد تعين الأرش لأن التخيير بين سببين يقتضي تعين أحدهما عند تعذر الآخر .

وأما كونه يرجع بالأرش إذا تلف المبيع فلتعينه طريقاً إلى استدراك ظلامته .

وأما كونه إذا باعه غير عالم بعيبه كذلك على المذهب ؛ فلأن الرد متعذر أشــبه مـا لو أعتقه أو تلف في يده .

وأما كونه لا أرش له على روايةٍ ؛ فلأنه استدرك ظلامته بالبيع[1] لكن إن رد عليـه كان له حينئذ الخيرة بين الرد والأرش لأن الرد إنما امتنع للتعذر أو استدراك الظلامة فإذا عاد ملكه زالا فيكون له الخيرة كما لو لم يبعه .

وأما كونه إذا وهبه كذلك ؛ فلأن الهبة كالبيع المذكور معنى فكذا يجب أن تكــون حكماً[2] .

وأما كونه إذا باعه عالماً بالعيب لا شيء له ؛ فلأنه تصرف في المبيع بعد علمه بعيبـه أشبه ما لو صرح بالرضا بالعيب .

---

(١) في هـ: استدارك ظلامته بالمبيع.

(٢) في هـ: المذكور ومعنى فله الخيار يكون حكماً.

وقال المصنف في المغني: قياس المذهب أنه يستحق الأرش لأن له إمساك المعيب والمطالبة بالأرش، والتصرف هنا مُنَزّل منزلة الإمساك مع العلم.

قال: (وإن باع بعضه فله أرش الباقي، وفي أرش المبيع الروايتان.

وقال الخرقي: له رد ملكه منه بقسطه من الثمن أو أرش العيب بقدر ملكه فيه).

أما كون البائع له أرش باقي المبيع؛ فلأنه باق[1] في يده فات منه جزء اقتضى العقد تسليمه فكان له بدله أشبه ما لو كان الكل.

وأما كونه له أرش المبيع ففيه الروايتان المذكورتان فيما إذا باعه كله. وقد تقدم ذكر ذلك تفصيلاً ودليلاً.

ومفهوم كلام المصنف رحمه الله أنه ليس له رد الباقي لأنه اقتصر على الأرش. ولم تثبت له الخيرة بين الأرش والرد لما تقدم، ويؤيده قوله بعد: وقال الخرقي: له رد ملكه لأنه مشعر بأنه خلاف ما تقدم.

وقال القاضي: رد الباقي مُخَرّج على تفريق الصفقة.

والمنصوص عن الإمام أحمد جواز الرد كما قال الخرقي لأنه مبيع ظهر على عيبه وأمكنه رده فكان له ذلك كما لو كان جميعه باقياً.

وقال المصنف رحمه الله في المغني: الذي يقتضيه النظر أن المبيع إن كان ينقص بالتفريق كمصراعي باب وما أشبهه لا يملك رده لما فيه من الضرر على البائع من نقصان القيمة وسوء المشاركة، وإن لم يكن كذلك يُخرّج على تفريق الصفقة.

قال: (وإن صبغه أو نسجه فله الأرش. وعنه: له الرد ويكون شريكاً بصبغه ونسجه).

أما كون من ذكر له الأرش فلما تقدم غير مرة. ومفهومه أنه لا رد له وذلك صحيح على المذهب لأنه شغل المبيع بملكه فلم يكن له رده لما فيه من سوء المشاركة.

وأما كونه له الرد ويكون شريكاً بقيمة الصبغ والنسج على روايةٍ فقياس على الغاصب.

---

(١) في هـ: باقي.

والأول المذهب لأن استدراك ظلامة المشتري ممكنة على وجهٍ لا يتضرر البائع فتعين لما فيه من الجمع بين الحقين .

قال : (وإن اشترى ما مأكوله في جوفه فكسره فوجده فاسداً فإن لم يكن له مكسوراً قيمة كبيض الدجاج رجع بالثمن كله وإن كان له مكسوراً قيمة كبيض النعام وجوز الهند فله أرشه . وعنه : يتخير بين أرشه وبين رده ورد ما نقصه وأخذ الثمن . وعنه : ليس له رد ولا أرش في ذلك كله).

أما كون من اشترى ما مأكوله في جوفه وكسره فوجده فاسداً و لم يكن له مكسوراً قيمة كبيض الدجاج وما أشبهه يرجع بالثمن كله ؛ فلأنه تبين أنه لا ينفع وذلك يوجب عدم صحة بيعه لأن بيع ما لا نفع فيه لا يصح وما لا يصح بيعه يرجع مشتريه بثمنه كله .

وأما كونه إذا كان له مكسوراً قيمة كبيض النعام وجوز الهند وما أشبههما له أرشه على المذهب ؛ فلأنه تعذر رده من أجل كسره وإذا تعذر رده تعين الأرش .

وأما كونه يتخير بين أرشه وبين رده ورد ما نقصه وأخذ الثمن على روايةٍ فكما لو تعيب في يده على رواية .

وقال القاضي : إن كسره كسراً لا يمكن استعلام المبيع إلا به فله رده استدراكاً لظلامته ولا أرش عليه لأن الكسر حصل ضرورة الاستعلام ، وإن زاد الكسر على ذلك خرج على الروايتين فيما إذا تعيب في يده .

وأما كونه ليس له رد ولا أرش في ذلك كله على روايةٍ ؛ فلأن البائع لم يوجد منه تدليس ولا تفريط لعدم معرفته بعيبه .

قال : (ومن علم العيب فأخر الرد لم يبطل خياره إلا أن يوجد منه ما يدل على الرضا من التصرف ونحوه . وعنه : أنه على الفور . ولا يفتقر الرد إلى رضا ولا قضاء ولا حضور صاحبه).

أما كون من علم العيب لا يبطل بتأخير الرد مع عدم وجدان ما يدل على الرضا بالمبيع معيباً على المذهب ؛ فلأنه خيار لدفع الضرر المتحقق فلم يبطل بالتأخير الخالي عن الرضا به كجناية القصاص .

وأما كونه يبطل بتأخير الرد مع وجدان ما يدل على رضا المشتري بالمبيع معيباً مثل إن استغل المبيع أو عرضه على البيع أو تصرف فيه مع علمه بعيبه لأن دليل الرضا منزل منزلة التصريح به .

وأما كونه على الفور على روايةٍ ؛ فلأنه خيار ثبت بالشرع لدفع الضرر عن المال أشبه خيار الشفعة .

وأما كون الرد المذكور لا يفتقر إلى رضا ولا قضاء ولا حضور صاحبه ؛ فلأنه رفع عقد جعل إليه فلم يعتبر ذلك فيه كالطلاق .

قال : (وإن اشترى اثنان شيئاً وشرطا الخيار أو وجداه معيباً فرضي أحدهما فللآخر الفسخ في نصيبه . وعنه : ليس له ذلك) .

أما كون من لم يرض له الفسخ في نصيبه على المذهب ؛ فلأن نصيبه جميع ما ملكه بالعقد فجاز له رده بالعيب تارة والشرط تارة كجميع المبيع .

وأما كونه ليس له ذلك على روايةٍ ؛ فلأن المبيع خرج من ملك البائع دفعة واحدة فإذا رد أحدهما نصيبه رده مشتركاً ناقصاً فلم يكن له ذلك كما لو تعيب عنده .

قال : (وإن اشترى واحد معيبين صفقة واحدة فليس له إلا ردهما أو إمساكهما ، فإن تلف أحدهما فله رد الباقي بقسطه ، والقول في قيمة التالف قوله مع يمينه) .

أما كون الواحد إذا اشترى ما ذكر ليس له إلا ردهما أو إمساكهما ؛ فلأن في رد أحدهما تفريقاً للصفقة على البائع مع إمكان أن لا يفرقها أشبه رد بعض المعيب الواحد .

قال المصنف في المغني : القياس أنها كالمسألة قبلها . يعني ما إذا اشترى شيئين فوجد بأحدهما عيباً وفيها روايتان مضى ذكرهما وتعليلهما .

فعلى هذا يخرج في المسألة المذكورة هنا رواية أن للمشتري رد أحد المعيبين . وعلل المصنف في المغني فقال : إذ لو كان إمساك أحدهما مانعاً من الرد لمنع من الرد إذا كان صحيحاً .

وأما كونه له رد الباقي بقسطه إذا تلف أحدهما ؛ فلأن التالف لا يمكنه رده بخلاف ما إذا كان موجوداً .

وحكى المصنف في المغني : أن الرد هنا على الروايتين في رد أحدهما .

فعلى هذا إن قلنا ليس له رد أحدهما فليس له رد الباقي إذا تلف أحدهما .

وأما كون القول في قيمة التالف قول المشـتري مـع يمينـه ؛ فلأنـه بمنزلـة الغـارم لأن قيمة التالف إذا زادت زاد قدر ما يغرمه فهو بمنزلة المستعير والغاصب .

قال : (وإن كان أحدهما معيباً فله رده بقسطه . وعنه : لا يجوز له إلا ردهما أو إمساكهما ، وإن كان المبيع مما ينقصه التفريق كمصراعي باب وزوجَيْ خف أو جارية وولدها فليس له رد أحدهما) .

أما كون المشتري لما ذُكر له رد المعيب وحـده بقسـطه مـن الثمـن إذا لم يكـن مما ينقصه التفريق و لم تكن جارية وولدها على المذهب ؛ فلأنه رد للمبيع المعيب على وجهٍ لا ضرر فيه على البائع فجاز كما لو رد الجميع .

وأما كونه لا يجوز له إلا ردهما أو إمساكهما على روايةٍ ؛ فلأن رد المعيب وحـده تبعيض للصفقة على المشتري فلم يكن له ذلك كما لو كان المبيع مما ينقص بالتفريق .

وأما كونـه ليـس لـه رد أحدهمـا إذا كـان مما ينقـص بـالتفريق كمصراعـي بـاب وزوجي خُفّ ؛ فلأن الرد يتضمن ضرر البائع ، والخيار إنما ثبت لإزالة الضرر ولا يزال الضرر بالضرر .

وأما كونه ليس لـه ذلـك إذا كـان جاريـة وولدهـا ؛ فـلأن في رد أحدهمـا تفريقـاً بينهما وذلك لا يجوز لما تقدم في موضعه .

ولا بد أن يلحظ في المنع من الجارية وولدها ما في معناهما ممن يحرم التفريق بينهما كغيرهما من كل ذي رحم محرم لأن الكل سواء معنى فكـذا يجـب أن يكـون حكمـاً . وكذلك زاد بعـض مـن أذن لـه المصنـف رحمـه الله في الإصـلاح أو ممـن يحـرم التفريـق بينهما .

قال : (وإن اختلفا في العيب هل كان عند البائع أو حدث عند المشتري ففي أيهما يقبل قوله؟ روايتان . إلا أن لا يحتمل إلا قول أحدهما فالقول قوله بغير يمين) .

أما كون القول قول المشتري في العيب الذي يحتمل حدوثه قبل الشراء وبعده كالخرق والرفو[1] في الثوب وما أشبه ذلك في روايةٍ ؛ فلأن الأصل عدم القبض في الجزء الفائت واستحقاق القدر الذي قابل العيب من الثمن فكان القول قول من ينفيه كما لو اختلفا في قبض الجميع .

وأما كون القول قول البائع في ذلك في روايةٍ ؛ فلأن الأصل سلامة المبيع وصحة العقد .

ولأن المشتري يدعي عليه فسخ العقد وهو ينكره .

وأما كون القول قول من لا يحتمل إلا قوله ؛ فلأن غيره كاذب في قوله .

فإن قيل : ما صورة ذلك؟

قيل : ذلك على ضربين :

أحدهما : أن لا يحتمل إلا قول المشتري مثل : أن يكون مما لا يحتمل حدوثه عند المشتري كالأصبع الزائدة والجراحة المندملة التي لا يحتمل حدوث مثلها .

وثانيهما : أن لا يحتمل إلا قول البائع مثل : أن يكون مما لا يحتمل حدوثه قبل البيع كالجرح الطري الذي لا يحتمل كونه قديماً . والقول في الأول قول المشتري وفي الثاني قول البائع لما تقدم .

وأما قول المصنف رحمه الله : بغير يمين فإشارة إلى أن اليمين لا تجب في الموضعين المذكورين في حق مَن القول قوله لأن اليمين إنما شرع في موضع يحتمل صدق صاحبه .

وفي قوله : بغير يمين أيضاً إشعار بأن المسألة قبلُ تجب اليمين على من قيل القولُ قولُه لأنه يحتمل صدق صاحبه .

وصفة يمين المشتري : أن يحلف بالله أنه اشتراه وبه هذا العيب وأنه ما حدث عنده .

---

(١) قال في المصباح: رفوت الثوب رفواً إذا أصلحته. المصباح المنير، مادة رفا.

وصفة يمين البائع على حسب جوابه : إن أجاب : بعتـه بريئـاً مـن العيـوب حلـف على ذلك ، وإن أجاب : لا يستحق عليّ ما يدعيه من الرد حلف على ذلك .

قال : (ومن باع عبداً تلزمه عقوبة من قصاص أو غيره يعلم المشتري ذلك فلا شـيء له ، وإن علم بعد البيع فله الرد أو الأرش ، فإن لم يعلم حتى قتل فله الأرش).

أما كون المشتري لا شيء له إذا اشترى عبداً عالماً أنه تلزمه عقوبةٌ مـن قصـاص أو غيره ؛ فلأنه إذا اشتراه مع علمه بذلك يكون راضياً بعيبه أشبه ما إذا اشترى المبيـع عالمـاً بعيبه .

وأما كونه له الخيرة بين الرد والأرش إذا لم يعلم بذلك إلا بعد البيع ؛ فـلأن ذلـك عيب فملك به الخيرة المذكورة كسائر العيوب .

وأما كونه له الأرش إذا لم يعلم حتى قتل ؛ فلأن الرد تعذر فتعين الأرش .

فإن قيل : الأرش هنا ما هو؟

قيل : قسط ما بين كونه جانياً وبين كونه غير جان من ثمنه . مثاله : أن يقال قيمته وهو غير جان مائة وقيمته وهو جـان خمسـون فمـا بينـهما خمسـون نسـبتها إلى القيمـة النصف فالأرش إذاً نصف الثمن .

فإن قيل : هلا يرجع بالثمن كله لأن قتله بسبب حصل عند البائع فجرى مجرى ما لو أتلفه؟

قيل : التلف حصل في يد المشتري بسبب كان عند البائع فلم يرجع بجميـع الثمـن كما لو اشتراه فبان مريضاً ثم مات بداءٍ به أو مرتداً فقتل بردته .

قال : (وإن كانت الجناية موجبة للمال والسيد معسر قدم حق المجني عليه وللمشتري الخيار ، وإن كان السيد موسراً تعلق الأرش بذمته والبيع لازم).

أما كون حق المجني عليه يقدم ؛ فلأن حق الجناية سابق على حق المشتري فإذا تعذر إمضاؤهما قدم السابق .

وأما كون المشتري له الخيار ؛ فلأن تمكن المجني عليه من انتزاعه عيب فيه فملك الخيار به كما لو اشترى شيئاً فبان معيباً .

وأما كون الأرش يتعلق بذمة السيد مع يساره ؛ فلأنه أزال ملكه من عين تعلق بها حق المجني عليه فلزمه الأرش كما لو قتله .

وأما كون البيع مع ذلك لازماً ؛ فلأنه لا ضرر على المشتري لتمكن المجني عليه من الرجوع على البائع .

فصل [في خيار التولية]

قال المصنف رحمه الله : (السادس : خيار يثبت في التولية والشركة والمرابحة والمواضعة ولا بد في جميعها من معرفة المشتري رأس المال) .

أما كون الخيار يثبت للمشتري في الصور المذكورة إذا ظهر له ببينة أو أقر أن رأس المال أقل ؛ فلأن البائع ظلمه في القدر الذي زاد عليه فوجب أن يثبت له الخيار استدراكاً لظلامته قياساً على ما لو ظهر المبيع معيباً .

ولأن المشتري ربما كان له غرض في الشراء على الوجه الذي أوقعه لكونه حالفاً أو وصياً في الشراء على الوصف الذي فعله .

وأما كونه لا بد في جميعها من معرفة المشتري رأس المال ؛ فلأن العقد يعتمد ذلك إذ معنى التولية : البيع برأس المال ، والشركة : بيع البعض بحصته من ذلك ، والمرابحة : بزيادة على ذلك ، والمواضعة : بوضيعة من ذلك فإذا لم يكن رأس المال معلوماً خرجت الصور عن موضوعاتها .

فإن قيل : لم خص المشتري بمعرفة رأس المال؟

قيل : لأن الظاهر أن المشتري لا يعرفه بخلاف البائع لا أن ذلك شرط في المشتري دون البائع .

فعلى هذا لو كان البائع قد نسي رأس ماله لم يجز بيعه إلا مساومة لأنه لو باع بغير ذلك كان كاذباً لأنه لا بد في جميع الصور أن يقول : رأس ماله كذا فإذا لم يكن عالماً بذلك ولا ظاناً كان كاذباً .

قال : (ومعنى التولية : البيع برأس المال ؛ فيقول : وليتكه أو بعتكه برأس ماله أو بما اشتريته أو برقمه ، والشركة : بيع بعضه بقسطه من الثمن ، ويصح بقوله :

شركتك(١) في نصفه أو ثلثه ، والمرابحة : أن يبيعه بربح فيقول : رأس مالي فيه بعتكه بها وربح عشرة أو على أن أربح في كل عشرة درهماً ، والمواضعة أن يقول : بعتكه بها ووضيعة درهم من كل عشرة فيلزم المشتري تسعون درهماً ، وإن قال : ووضيعة درهم لكل عشرة لزمه تسعون وعشرة أجزاء من أحد عشر جزءاً من درهم) .

أما قول المصنف رحمه الله : ومعنى التولية : البيع برأس المال ، والشركة : بيع بعضه بقسطه ، والمرابحة : أن يبيعه بربح ، والمواضعة أن يقول : بعتكه بها ووضيعة درهم فبيان لمعاني البيوع المذكورة . وفي ذكر ذلك إشارة إلى صحة البيع بذلك كله؛ لأن الثمن معلوم في جميع ذلك فإذا وجد منضماً إلى بقية الشروط وجب الحكم بالصحة عملاً بالعلة المقتضية لها السالمة عن المعارض .

وأما قوله عقيب كل تفسير : فيقول ، فتنبيه على أن البياعات المذكورة لها ألفاظ ينعقد البيع بها .

وأما قوله : وليتكه أو بعتكه فتنبيه على أن التولية لها لفظان :

أحدهما : لفظ التولية لأن التولية معناها البيع برأس المال فإذا قال : وليتك هذا الثوب كان بمنزلة ما لو قال : بعتكه برأس ماله .

وثانيهما : لفظ البيع . فيصح بقوله : بعتكه برأس ماله ، وبقوله : بعتكه بما اشتريته ، وبقوله : بعتكه برقمه لأن لفظ البيع صريح في معناه فإذا اتصل به أحد ما ذكر كان بمنزلة قوله : بعتكه بمائة .

فإن قيل : قد تقدم أن البيع بالرقم لا يصح فكيف يصح هاهنا؟

قيل : حيث قيل لا يصح يكون الثمن مجهولاً عندهما أو عند أحدهما ، وحيث قيل : يصح يكون ذلك معلوماً عندهما . وقد تقدم هنا(٢) ما يوجب العلم بالثمن وهو قوله : ولا بد من معرفة المشتري رأس المال بخلاف ما تقدم فإنه لم يتقدمه ما يدل على العلم بالثمن ولذلك قال هنا : برأس ماله أو بما اشتريته من غير تعيين لأنه اعتمد على اشتراط معرفة المشتري ذلك بما سبق .

---

(١) في و: أشركتك.

(٢) ساقط من هـ.

وأما كون الشركة تصح بقوله : شركتك في نصفه أو ثلثه ؛ فلأنـه لفـظ موضـوع للشركة حقيقة فصح به كسائر ألفاظ الحقيقة ، وتصح بقوله : بعتك نصفه بنصف رأس ماله وما أشبهه لأنه يفيد المقصود .

وأما كون المرابحة تصح بقوله : رأس مالي فيه مائة بعتكه بها وربح عشرة ، أو على أن أربح في كل عشرة درهماً ؛ فلأن الثمن والربح معلومان . وللمرابحة صورتان :

إحداهما : تصح من غير كراهة وهو ما تقدم ذكره لما ذكر .

والثانية : تكـره . وهـي أن يقـول : ده يـازده أو ده دوازده[1] لأن ابـن عمـر وابـن عباس كرهاه[2] .

ولأن الثمن قد لا يعلم في الحال .

وأما كون المواضعة تصح بقوله : بعتكه برأس ماله ووضيعة درهم من كل عشرة ؛ فلأنه لفظ محصل لمقصود البيع بدون رأس المال .

وأما كون المشتري يلزمه في هذه الصورة تسعون ؛ فلأن المائة عشـر عشـرات فـإذا أسقط من كل عشرة درهم بقي تسعون .

وأما كونه يلزمه[3] في قوله : ووضيعة درهم لكل عشـرة تسعون درهمـاً وعشـرة أجزاء من أحد عشر جزءاً من درهم ؛ فلأنه لما قال : لكل عشرة درهم وجب أن يكون الدرهم من غير العشرة فكأنه قال : من كل أحد عشر درهماً درهم فيجـب أن يسـقط من تسعة وتسعين تسعة ومن أحد عشر جزءاً من درهـم جـزء فيبقـى تسـعون وعشـرة أجزاء من أحد عشر جزءاً من درهم .

---

(١) في هـ: وازده.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٢١٥٧٤) ٤: ٤١٣ كتاب البيوع، في بيع ده دوازده.
وأخرجه عبدالرزاق في مصنفه (١٥٠١١) ٨: ٢٣٢ كتاب البيوع، بـاب بيـع ده دوازده. كلاهمـا عـن ابن عباس. وفي (١٥٠١٠) عن ابن عمر ولفظه قال: « بيع ده دوازده ربا ».
وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٥: ٣٣٠ كتاب البيوع، باب المرابحة.

(٣) في هـ: ويلزمه.

قال : (ومتى اشتراه بثمن مؤجل ، أو ممن لا تقبل شهادته له ، أو بأكثر من ثمنه حيلة ، أو باع بعض الصفقة بقسطها من الثمن ولم يبين ذلك للمشتري في تخبيره بالثمن فللمشتري الخيار بين الإمساك والرد) .

أما كون المشتري له الخيار المذكور فيما إذا كان الشراء بثمن مؤجل ولم يبينه البائع له ؛ فلأن الأجل يأخذ قسطاً من الثمن فإذا بان للمشتري ذلك وجب أن يثبت له الخيار استدراكاً لظلامته .

وأما كونه له ذلك إذا اشتراه ممن لا تقبل شهادته له ؛ فلأنه متهم في حقهم لكونه يحابيهم ويسمح لهم .

وأما كونه له ذلك إذا اشتراه حيلة ؛ فلأن ذلك تدليس وهو حرام فأثبت الخيار كتدليس العيب .

وأما كونه له ذلك إذا باع بعض ما اشتراه ؛ فلأن قسمة الثمن على ذلك تخمين ، واحتمال الخطأ فيه كثير .

وأطلق المصنف رحمه الله ثبوت الخيار هنا في بيع بعض الصفقة ، وصرح في المغني بأن البيع إن كان مما ينقسم الثمن عليه بالأجزاء كالمكيل والموزون من صنف واحد جاز بيع بعضه مرابحة لأن ذلك لا يحتاج إلى تخمين بل الثمن مقسوم عليه بالأجزاء وذلك يستدعي عدم ثبوت الخيار لأن جوازه يستدعي نفي الضرر عن المشتري وإلا حرم كالذي لا ينقسم وإذا لم يتضرر فلا خيار وهذا صحيح يجب حمل كلام المصنف هنا عليه .

وفي ثبوت الخيار في الصورة المذكورة إشعار بأمرين :

أحدهما : أن البائع يجب عليه أن يبين ذلك كله للمشتري لأن كتمانه تدليس وذلك حرام لما تقدم .

وثانيهما : أن البيع مع الكتمان صحيح لأن غاية ما تقدم أنه بيع دلس فيه ، وذلك لا يمنع الصحة دليله بيع المعيب .

ولأن الضرر يمكن استدراكه بثبوت الخيار فلم تدعُ حاجة إلى إبطاله .

قال: (وما يزاد في الثمن أو يحط منه في مدة الخيـار أو يؤخـذ أرشاً لعيـب أو جناية عليه يلحق برأس المال ويخبر به، وإن جنى ففداه المشتري أو زيـد في الثمـن أو حـط منه بعد لزومه لم يلحق به).

أما كون ما يزاد في الثمن أو يحط منه في مدة الخيار يلحق بـرأس المـال ويخـبر بـه؛ فلأن ذلك من الثمن فوجب إلحاقه برأس المال والإخبار به كأصله.

وأما كون ما يؤخذ أرشاً لعيب أو جناية عليه تلحق برأس المـال ويخـبر بـه؛ فلأنـه أُخذ في مقابلة جزء من المبيع.

وأما كون ما تُفدى به الجناية لا يلحق برأس المال؛ فلأن ذلك ليس من الثمــن ولا يزاد به المبيع.

وأما كون ما زيد في الثمن أو حط منه بعد لزوم العقد لا يلحق برأس المال؛ فـلأن الزيادة حينئذ بمنزلة الهبة من المشتري والنقصان من البائع لأنه لا يلزم واحداً منهما ذلـك فلم يجب إلحاقه به كما لو وهب أحدهما الآخر شيئاً.

قال: (وإن اشترى ثوباً بعشرة وقصره بعشرة أخبر به على وجهه، فإن قال: تحصل علي بعشرين فهل يجوز ذلك؟ على وجـهين. وإن عمـل فيـه بنفسـه عمـلاً يسـاوي عشرة لم يجز ذلك وجهاً واحداً).

أما كون المشتري يخبر بما فعل على وجهه؛ فلأنه لو ضـم ذلـك إلى الثمـن وقـال: رأس ماله كذا كان كذباً وتغريراً بالمشتري.

وأما كونه يجوز أن يقول: تحصَّل عليّ بعشرين على وجهٍ؛ فلأنه صادق.

وأما كونه لا يجوز على وجهٍ؛ فلأن فيه تلبيساً ويحتمل أن المشتري لـو علـم الحـال لما رغب فيه لكون ذلك العمل مما لا حاجة إليه أشبه ما لو أنفقه عليه.

قال المصنف في الكافي: بعد ذكره هذا الوجه في المسألة هو ظاهر كلام أحمد.

وأما كونه لا يجوز أن يقول ذلك إذا عمل ما تقـدم ذكـره بنفسـه وجـهاً واحـداً؛ فلأنه كاذب لأن مـا عملـه لم يغـرم بسـببه شـيئاً، وإخبـاره بأنـه تحصـل عليـه بعشـرين كذب.

قال : (وإن اشتراه بعشرة ثم باعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة أخبر بذلك على وجهه ، وإن قال : اشتريته بعشرة جاز .

وقال أصحابنا : يحط الربح من الثمن الثاني ويخبر أنه اشتراه بخمسة) .

أما كون المشتري يخبر بالحال على وجهه ؛ فلأنه أقرب إلى الحق وأبلغ في الصدق .

وأما كونه يجوز أن يقول : اشتريته بعشرة ؛ فلأنه اشتراه بذلك .

وأما كونه يحط الربح من الثمن الثاني على قول الأصحاب ؛ فلأن الربح أحد نوعي النماء فوجب أن يخبر به في المرابحة كالنماء من نفس المبيع كالولد والثمرة .

وأما كونه يخبر بأنه اشتراه بخمسة ؛ فلأن الربح لما حط من الثمن بقي ذلك . وقد روي عن الإمام أحمد أنه لما بلغه أن ذلك مذهب ابن سيرين أعجبه وظاهره أنه أوجب ذلك .

وفي قول المصنف رحمه الله : وقال أصحابنا إشعار بأن جواز الإخبار بأنه بعشرة اختياره .

وقال في المغني بعد ذكره الإخبار بمثل الثمن الثاني : وهو الصحيح . وحمل كلام الإمام أحمد في ذلك[1] على الاستحباب . ويجاب عن قياس الربح على الأرش بأن إلحاق الربح بالكسب أولى من إلحاقه بالأرش[2] لأن الربح والكسب نماء من غير عين المبيع بخلاف الأرش فإنه عوض عن جزء من عين المبيع ولو كان المبيع عبداً فكسب لا يجب أن يحط ذلك من الثمن . فكذلك الربح .

---

(١) في ج: الكافي.

(٢) في هـ : من الأرش.

فصل [في خيار اختلاف المتبايعين]

قال المصنف رحمه الله: (السابع: خيار يثبت لاختلاف المتبايعين. ومتى اختلفا في قدر الثمن تحالفا فيبدأ بيمين البائع فيحلف ما بعته بكذا وإنما بعته بكذا ثم يحلف المشتري ما اشتريته بكذا وإنما اشتريته بكذا، فإن نكل أحدهما لزمه ما قال صاحبه، وإن تحالفا فرضي أحدهما بقول صاحبه أقر العقد وإلا فلكل واحد منهما الفسخ، وإن كانت السلعة تالفة رجعا إلى قيمة مثلها، فإن اختلفا في صفتها فالقول قول المشتري. وعنه: لا يتحالفان إذا كانت تالفة والقول قول المشتري مع يمينه، وإن ماتا فورثتهما بمنزلتهما).

أما كون الخيار يثبت لاختلاف المتبايعين مثل: أن يدعي المشتري أن البائع باعه العبد بمائة فيقول البائع: بل بمائة وخمسين؛ فلأن ابن مسعود روى أن رسول الله ﷺ قال: «إذا اختلف البيعان وليس بينهما بينة فالقول قول البائع والمشتري بالخيار»[1] رواه الإمام أحمد والشافعي.

وفي لفظ: «إذا اختلف البيعان وليس بينهما بينة فالقول ما قال البائع أو يترادان البيع»[2] رواه ابن ماجة. وفي سياقه أن ابن مسعود رواه للأشعث بن قيس وقد اختلفا في ثمن مبيع فقال للأشعث: فإني أرى أن أرد البيع.

---

(١) أخرجه الترمذي في جامعه (١٢٧٠) ٣: ٥٤١ كتاب البيوع، باب ما جاء إذا اختلف البيعان. ولفظه: «إذا اختلف البيعان فالقول قول البائع والمبتاع بالخيار».
وأخرجه أحمد في مسنده (٤٤٤٤) ١: ٤٦٦.
وأخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار (٣٤٩٣) ٤: ٣٧٠.
قال الترمذي: هذا حديث مرسل عون بن عبدالله لم يدرك ابن مسعود.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٣٥١١) ٣: ٢٨٥ كتاب البيوع، باب إذا اختلف البيعان والمبيع قائم.
وأخرجه النسائي في سننه (٤٦٤٨) ٧: ٣٠٢ كتاب البيوع، اختلاف المتبايعين في الثمن.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢١٨٦) ٢: ٧٣٧ كتاب التجارات، باب البيعان يختلفان.

ولأنه فسخ لاستدراك الظلامة فوجب أن يثبته الاختلاف كالرد بالعيب .

وأما كون المتبايعين يتحالفان والسلعة قائمة ؛ فلأن في بعض ألفاظ حديث ابن مسعود أن النبي ﷺ قال : « إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة ولا بينة لأحدهما تحالفا »[1] .

ولأن كل واحد منهما مدعٍ ومدعًى عليه ؛ فإن البائع يدعي الأكثر وينكر الأقل ، والمشتري يدعي الأقل وينكر الأكثر .

ولا بد أن يلحظ في التحالف عدم البينة فإن كان لأحدهما بينة قُضي بها لترجحه بها .

ولأن في الحديث المتقدم : « ولا بينة لأحدهما ».

فإن كان لكل واحد منهما بينة تعارضتا وصارا كمن لا بينة لهما .

وأما كونهما يتحالفان إذا كانت السلعة تالفة على رواية فلعموم قوله ﷺ : « إذا اختلف المتبايعان فالقول قول البائع والمشتري بالخيار »[2] ، وقياساً على ما إذا كانت السلعة باقية لم تتلف .

فعلى هذه الرواية يُرجع إلى قيمة مثل السلعة المبيعة لأن رد العين متعذر فوجب الرجوع إلى القيمة كما لو أتلف مال آدمي . فإن اختلفا في صفتها فالقول قول المشتري لأنه غارم .

وظاهر كلام أبي الخطاب : أن القيمة إذا زادت على الثمن لا يلزم المشتري الزيادة لأنه قال : المشتري بالخيار بين دفع الثمن الذي ادعاه البائع وبين دفع القيمة . ووجهه : أن البائع لا يدّعي الزيادة فلم يلزم المشتري كما لو أقر لرجل بما لا يدعيه .

وقال صاحب النهاية فيها : إيجاب الزيادة أظهر لأن بالفسخ سقط اعتبار الثمن .

وأما كونهما لا يتحالفان على رواية ؛ فلأن مفهوم قوله عليه السلام : «إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا »[3] أن التحالف لا يشرع عند عدم السلعة.

---

(١) أخرجه أحمد في مسنده (٤٤٤٦) ١: ٤٦٦.

(٢) سبق تخريجه ص: ٤٦٧.

(٣) سبق تخريجه ص: ٤٦٧.

ولأنهما اتفقا على نقل السلعة إلى المشتري واختلفا في قدرٍ زائدٍ البائع يدعيه والمشتري ينكره والقول قول المنكر . ترك هذا حال قيام السلعة للحديث فيبقى فيما عداه على مقتضاه .

فعلى هذا القول قول المشتري مع يمينه لما تقدم ذكره .

والأولى أولى اختارها الخرقي ؛ لما تقدم .

ولأن كل واحد منهما مدع ومنكر فتشرع اليمين كحال قيام السلعة .

ولأنه إذا ثبت مع قيام السلعة مع أنه يمكن معرفة ثمنها للمعرفة بقيمتها؛ لأن الظاهر أن الثمن يكون بالقيمة فمع تعذر ذلك أولى .

وأما قول النبي ﷺ : « والسلعة قائمة » فلأجل تراد المبيع لا لأجل عدم مشروعية التحالف حال تلف السلعة .

وأما ترك ما تقدم ذكره هنا فيجوز إذا لُحظ مساواة محل التراع محل الوفاق فيما ترك لأجله في محل الوفاق .

وأما كونه يبدأ بيمين البائع ؛ فلأنه أقوى جنبة من المشتري لأن النبي ﷺ قال : « فالقول ما قال البائع »[1] ، وفي بعض الألفاظ : « فالقول قول البائع والمشتري بالخيار »[2] رواه الإمام أحمد والشافعي .

ولأنهما إذا تحالفا عاد المبيع إليه .

وأما كون الحالف يجمع في اليمين بين النفي والإثبات فلما تقدم من أن كل واحد منهما يدعي عقداً وينكر عقداً . وفي قول المصنف في صفة اليمين : ما بعته وإنما بعته إشارة إلى تقديم النفي على الإثبات لأن الأصل في اليمين أنها للنفي .

ويكفيه يمين واحدة لأنه أقرب إلى فصل القضاء .

وأما كون الناكل يلزمه ما قال صاحبه ؛ فلأن النكول بمترلة الإقرار ، ولو أقر لزمه ذلك . فكذلك إذا نكل .

---

(١) أخرجه ابن ماجة في سننه (٢١٨٦) ٢: ٧٣٧ كتاب التجارات، باب البيعان يختلفان.

(٢) سبق تخريجه ص: ٤٦٧.

وأما كون العقد يقر إذا رضي أحدهما بقول صاحبه ؛ فلأن الراضي إما البائع أو المشتري : فإن كان البائع فلا خيار للمشتري لأنه قد حصل له ما ادعاه ، وإن كان المشتري فلا خيار للبائع كذلك .

وأما كون الفسخ لكل واحد منهما فلما تقدم أول الفصل .

وفي إضافة المصنف رحمه الله الفسخ إلى كل واحد منهما إشعار بأنه لا حاجة في فسخ البيع إلى حكم حاكم ، وقد صرح به في المغني ، وذكر فيه احتمالاً وعلله بتعذر إمضائه في الحكم .

وقال في الكافي : الأول المذهب لأن النبي ﷺ قال : « أو يترادان »[1] ، ولما تقدم من قول الأشعث : فإني أرى أن أرد البيع[2].

ولأنه خيار لاستدراك ظلامة فكان من غير حكم حاكم كالرد بالعيب .

وأما كون ورثة المتبايعين بمنزلتهما عند موتهما ؛ فلأنهم يقومون مقامهما في أخذ مالهما وإرث حقوقهما . فكذلك فيما يلزمهما أو يصير لهما .

قال : (ومتى فسخ المظلوم منهما انفسخ العقد ظاهراً وباطناً ، وإن فسخ الظالم لم ينفسخ في حقه باطناً وعليه إثم الغاصب) .

أما كون العقد ينفسخ ظاهراً وباطناً إذا فسخ المظلوم ؛ فلأنه معذور .

وأما كونه لا ينفسخ باطناً إذا فسخ الظالم ؛ فلأنه لا عذر له .

وظاهر كلام المصنف رحمه الله الفرق بين الظالم والمظلوم سواء كان الظالم البائع أو المشتري . و لم أجد نقلاً صريحاً يوافق ذلك ولا دليلاً يقتضيه ، بل المنقول في مثل ذلك أن البائع إن كان ظالماً لم ينفسخ العقد باطناً لأنه يمكنه إمضاء العقد واستيفاء حقه ولا ينفسخ العقد باطناً ولا يباح له التصرف وعليه إثم الغاصب؛ لأنه غاصب . وإن كان المشتري ظالماً انفسخ البيع ظاهراً وباطناً لعجز البائع عن استيفاء حقه هكذا نقله المصنف في المغني والكافي و لم ينقل الفرق بين المظلوم والظالم مطلقاً .

---

(١) سبق تخريجه ص: ٤٦٧.

(٢) سبق تخريجه ص: ٤٦٧. وقد ذكر هذا القول في سياق حديث ابن ماجة.

ونقل عن القاضي أنه قال : ظاهر كلام أحمد أن الفسخ يثبت ظاهراً وباطناً وظاهره التعميم سواء كان الفاسخ الظالم أو المظلوم وعلل قوله بأن ذلك فسخ لاستدراك ظلامة أشبه الرد بالعيب ، أو فسخ عقد بعد التحالف أشبه الفسخ باللعان .

قال : (وإن اختلفا في صفة الثمن تحالفا إلا أن يكون للبلد نقد معلوم فيرجع إليه) .

أما كون المتبايعين يتحالفان عند الاختلاف في صفة الثمن وفي البلد نقود ؛ فلأنهما اختلفا في صفة الواجب فوجب التحالف كاختلافهما في أصل الثمن .

وقال المصنف في المغني : يرجع إلى أوسطها . نص عليه وعليه اليمين لأن الظاهر معه فكان القول قوله مع يمينه كالمنكر .

وأما كونهما لا يتحالفان إذا كان للبلد نقد معلوم ؛ فلأنه يرجع إليه لأن الظاهر وقوع البيع به .

قال : (وإن اختلفا في أجل أو شرط فالقول قول من ينفيه . وعنه : يتحالفان . إلا أن يكون شرطاً فاسداً فالقول قول من ينفيه) .

أما كون القول قول من ينفي الأجل على المذهب ؛ فلأن الأصل عدمه .

ولأنه منكر والقول قول المنكر .

وأما كون المتبايعين يتحالفان على رواية ؛ فلأنهما اختلفا في صفة العقد فوجب التحالف قياساً على الاختلاف في الثمن .

والقول في الاختلاف في رهن أو ضمين أو قدر ما وقع به الرهن أو الضمان كالقول في الاختلاف في الأجل .

وأما الاختلاف في الشروط فعلى ضربين :

أحدهما : شرط صحيح وحكمه كذلك والدليل ما ذكر .

والثاني : شرط فاسد مثل أن يقول أحدهما : وقع العقد بخمر أو بخيار مجهول أو نحوهما فينفيه الآخر فالقول قول من ينفيه لأن الظاهر من حال المسلم أن لا يتعاطى إلا عقداً صحيحاً .

ولم يحك المصنف رحمه الله هنا في مثل ذلك خلافاً لأنه استثنى ذلك من قوله : وعنه يتحالفان .

ومن الاختلاف مما يفسد البيع صورة -وحكى المصنف في المغني فيها خلافاً- وهي ما إذا قال: بعتك وأنا صبي. وعلل قبول قوله بأن الأصل الصغر فعارض ذلك بالظاهر المتقدم ذكره.

قال: (وإن قال: بعتني هذين فقال: بل أحدهما فالقول قول البائع. وإن قال: بعتني هذا قال: بل هذا حلف كل واحد منهما على ما أنكره ولم يثبت بيع واحد منهما).

أما كون القول قول البائع إذا اختلفا في مقدار المبيع؛ فلأن البائع ينكر القدر الزائد فاختصت اليمين به كما لو اختلفا في أصل العقد.

وأما كون كل واحد يحلف على ما [أنكره][1] إذا اختلفا في عين المبيع؛ فلأن كل واحد يدعي عقداً على مبيع[2] ينكره صاحبه فيحلف كل واحد منهما على ما أنكره.

وأما كون بيع واحد منهما لا يثبت؛ فلأن الذي ادعاه المشتري أنكره البائع وحلف عليه والقول قول المنكر مع يمينه والذي أقر به البائع لا يدعيه المشتري.

قال: (وإن قال البائع: لا أسلم المبيع حتى أقبض ثمنه، وقال المشتري: لا أسلمه حتى أقبض المبيع والثمن عين: جُعل بينهما عدل يقبض منهما ويسلم إليهما. وإن كان ديناً أجبر البائع على التسليم ثم يجبر المشتري على تسليم الثمن إن كان حاضراً معه، وإن كان غائباً بعيداً أو المشتري معسراً فللبائع الفسخ، وإن كان في البلد حُجر على المشتري في ماله كله حتى يسلمه، وان كان غائباً عن البلد قريباً احتمل أن يثبت للبائع الفسخ واحتمل أن يحجر على المشتري).

أما كون العدل يُجعل بين البائع والمشتري إذا اختلفا في التسليم أوّلاً والثمن عين؛ فلأنهما استويا في تعلق حقهما بعين كل واحد[3] من الثمن والمثمن، وإذا كان كذلك وجب أن يجعل بينهما عدل يسلم إليهما لأن في ذلك تسوية بين المتساويات.

(١) زيادة يقتضيها السياق.

(٢) في هـ: على زيد مبيع.

(٣) في هـ: أحد.

وأما كون البائع يجبر على تسليم المثمن ، ثم المشتري على تسليم الثمن الحاضر معه والثمن دين -والمراد أن يكون البيع قد وقع بثمن في الذمة لا أن يكون مؤجلاً ؛ فلأن حق المشتري تعلق بعين المثمن وحق البائع تعلق بما في ذمة المشتري فوجب تقديم[1] حق المتعلق بالعين كتقديم حق المرتهن على سائر غرماء المفلس .

وأما كون البائع له الفسخ إذا كان الثمن في غيبة بعيدة وهي مسافة القصر أو كان المشتري معسراً ؛ فلأنه تعذر عليه أخذ الثمن فكان له الخيار المذكور كالمفلس إذا وجد البائع عنده عين ملكه .

وأما كونه يحجر على المشتري في ماله كله حتى يسلم الثمن الذي في البلد ؛ فلأنه إذا لم يحجر عليه في ذلك خيف أن يتصرف في ماله تصرفاً يضر بالبائع .

وأما كونه يحتمل أن يثبت للبائع الفسخ إذا كان الثمن غائباً غيبة قريبة وهي دون مسافة القصر ؛ فلأن في التأخير ضرراً على البائع .

وأما كونه يحتمل أن الحجر على المشتري ؛ فلأن ما دون مسافة القصر بمنزلة الحاضر .

قال : (ويثبت الخيار للخُلف في الصفة ، وتغيّر ما تقدمت رؤيته . وقد ذكرناه) .

أما كون الخيار يثبت للخُلف في الصفة بأن يشترط في المبيع صفة فيظهر بخلافها ؛ فلأن فيه استدراكاً لما فاته من الصفة .

وللخُلف في الصفة صورتان :

إحداهما : يثبت الخيار فيها بلا خلاف مثل : أن يشترط الأعلى فيبين أدنى . مثل : أن يشترط كون المبيع مسلماً أو بِكراً أو جعداً أو ذا صنعة فيظهر كافراً أو ثيباً أو سبطاً أو لا صنعة له .

وثانيهما : أن يشترط الأدنى فيظهر أعلا . مثل : أن يشترط كونه كافراً أو ثيباً أو سبطاً أو لا صنعة له فيظهر مسلماً أو بكراً أو جعداً أو له صنعة فهذا لا خيار له لأنه زاده خيراً .

---

(١) في هـ: تقدم.

وقيل : يثبت الخيار فيما إذا شرط الكفر والثيوبة لأن طالب الكافر أكثر لصلاحيته للمسلم وغيره فيكون ثمنه أكثر ، وشرط الثيوبة قد يكون لعجزه عن البِكر فإذا كانت بكراً يفوت قصده .

وأما كون الخيار يثبت بتغير ما تقدمت رؤيته مثل : أن يكونا قد رأيا مبيعاً ثم عُقد البيع بعد ذلك فوجده المشتري قد تغير كعبد قطعت يده وثوب فصل وما أشبه ذلك ؛ فلأن تغيّر ذلك كالخلف في الصفة .

وأما قول المصنف رحمه الله : وقد ذكرناه ففيه تنبيه على أن ذلك تقدم ذكره . والخُلف في الصفة مذكور في باب الشروط في البيع في الصحيح منها[1] ، وتغير ما تقدمت رؤيته مذكور في الفصل السادس من كتاب البيع[2] .

---

(١) ص: ٤١٤.

(٢) ص: ٣٩٤.

فصل [في البيع قبل القبض]

قال المصنف رحمه الله : (ومن اشترى مكيلاً أو موزوناً لم يجز بيعه حتى يقبضه ، وإن تلف قبل قبضه فهو من مال البائع إلا أن يتلفه آدمي فيتخير المشتري بين فسخ العقد وبين إمضائه ومطالبة متلفه بالقيمة[1] . وعنه : في الصُّبْرة المتعينة أنه يجوز بيعها قبل قبضها ، وإن تلفت فهي من مال المشتري .

وما عدا المكيل والموزون يجوز التصرف فيه قبل قبضه ، وإن تلف فهو من مال المشتري . وذكر أبو الخطاب أنه كالمكيل والموزون في ذلك) .

أما كون من اشترى مكيلاً أو موزوناً لا يجوز له بيعه حتى يقبضه على المذهب فـ « لأن النبي ع نهى عن بيع الطعام قبل قبضه »[2] متفق عليه .

وقال : « من ابْتَاعَ طعاماً فلا يَبِعْهُ[3] حتى يَستَوفيه »[4] .

وعن ابن عمر : « رأيت الذين يشترون الطعام مُجازَفَةً يُضربون على عهد رسول الله ع أن يَبيعوه حتى يُؤْوُوهُ إلى رِحالهم »[5] متفق عليه .

وعنه قال[6] : « كنا نشتري الطعام من الركبان جِزافاً فنهانا رسول الله ع أن نَبيعَهُ حتى نَنْقُلَه »[1] رواه مسلم .

---

(١) في هـ: ببذله.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٠٢٨) ٢: ٧٥١ كتاب البيوع، باب بيع الطعام قبل أن يقبض...
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٢٥) ٣: ١١٦٠ كتاب البيوع، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض.

(٣) في هـ: يبيعه.

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٠٢٩) ٢: ٧٥١ كتاب البيوع، باب بيع الطعام قبل أن يقبض...
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٢٦) ٣: ١١٦٠ كتاب البيوع، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض.

(٥) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٠٢٤) ٢:٧٥٠ كتاب البيوع، باب ما يذكر في بيع الطعام والحكرة.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٢٧) ٣: ١١٦١ كتاب البيوع، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض.

(٦) ساقطٌ من هـ.

وكان الطعام مستعملاً يومئذ غالباً فيما كان مكيلاً أو موزوناً[٢] .

وأما كون الصبرة المتعينة يجوز بيعها قبل قبضها على رواية ؛ فلأن التعيين كالقبض .

ولأن ابن عمر قال : « ما أدْرَكتِ الصّفقَةُ حَياً مجموعاً فهو من مَال المشتري »[٣] .

وأما كون ما عدا المكيل والموزون يجوز التصرف فيه قبل قبضه على المذهب ؛ فلأن تخصيص النهي بالمكيل والموزون يدل على نفي الحكم عما عداه .

وأما كونه كالمكيل والموزون على رواية فلما روي عن النبي ع « أنه نهى أن تباع السلع حيث تبتاع حتى يحوزها التجار »[٤] رواه أبو داود .

وقال ابن عباس : « أحسبُ كل شيء بمنزلةِ الطعام »[٥] .

ولأنه لم يتم ملكه عليه أشبه المكيل .

قال المصنف في الكافي : الأول المذهب ، والذي يقتضيه الدليل أن يكون الصحيح أن ما كان مطعوماً لا يجوز بيعه قبل قبضه سواء كان مكيلاً أو موزوناً أو لم يكن . وحكى ذلك رواية عن أحمد وعللها بما تقدم من الأحاديث . ويؤيده قول ابن عبد البر : الأصح عن أحمد بن حنبل أن الذي يُمنع من بيعه قبل قبضه هو الطعام .

وأما ما يكون من ضمان بائعه إذا تلف قبل قبضه فعلى ضربين :

أحدهما : ما يتلف بأمر سماوي فينظر فيه فكل ما لا يجوز للمشتري بيعه يكون من ضمان بائعه « لأن النبي ع نهى عن ربح ما لم يضمن »[١] . والمراد به ربح ما بيع [قبل القبض ؛ لأن ربح ما بيع][٢] بعده من ضمان المشتري وفاقاً .

⇦

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٠١٧) ٢: ٧٤٧ كتاب البيوع، باب ما ذكر في الأسواق.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٢٧) ٣: ١١٦١ كتاب البيوع، باب بطلان المبيع قبل القبض. واللفظ له.

(٢) في هـ: موزناً.

(٣) ذكره البخاري معلقاً ٢: ٧٥١ في كتاب البيوع، باب إذا اشترى متاعاً أو دابة فوضعه عند البائع...

(٤) أخرجه أبو داود في سننه (٣٤٩٩) ٣:٢٨٢ كتاب البيوع، باب في بيع الطعام قبل أن يستوفي.

(٥) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٠٢٨) ٢: ٧٥١ كتاب البيوع، باب بيع الطعام قبل أن يقبض... بلفظ: « ... ولا أحسب كل شيء إلا مثلَه ».
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٢٥) ٣: ١١٦٠ كتاب البيوع، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض. واللفظ له.

ولأن ذلك لو كان من ضمان المشتري لجاز بيعه والتصرف فيه كما بعد القبض، وما يجوز له بيعه لا يكون من ضمان بائعه لأن ما يجوز للمشتري بيعه تصرفه فيه تام فلم يكن من ضمان بائعه كالمقبوض .

ولأن جواز بيعه يعتمد وجود ما يقوم مقام القبض فيجب أن يقوم مقامه في عدم ضمان البائع له .

وثانيهما : ما يتلف بإتلاف آدميٍّ فينظر فيه فإن كان المشتري المتلف استقر الثمن عليه لأن ذلك كالقبض ، وإن كان أجنبياً خُيِّر المشتري بين فسخ العقد والرجوع بالثمن وبين إمضائه والرجوع على المتلِف بمثله إن كان مثلياً وإلا بقيمته ؛ لأن الإتلاف كالعيب وقد حصل في موضع يلزم البائع ضمانه فكان له الخيار كالعيب في المبيع[3] .

وإن كان المتلف البائع فحكمه حكم الأجنبي لأنه أتلفه من يلزمه ضمانه أشبه الأجنبي .

فإن قيل : لو تلف في يده ضمنه بحكم عقد البيع فوجب أن يضمنه إذا أتلفه كذلك .

قيل : إذا تلف في يده لم يوجد مقتض للضمان سوى حكم العقد بخلاف ما إذا أتلفه .

⇨

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٥٠٤) ٣: ٢٨٣ كتاب البيوع، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٢٣٤) ٣: ٤٩٢ كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك.
وأخرجه النسائي في سننه (٤٦٣١) ٧: ٢٩٤ كتاب البيوع، شرطان في بيع وهو أن يقول: أبيعك هذه السلعة إلى شهر بكذا...
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢١٨٨) ٢: ٧٣٧ كتاب التجارات، باب النهي عن بيع ما ليس عندك، وعن ربح ما لم يضمن.
وأخرجه أحمد في مسنده (٦٦٢٨) ٢: ١٧٥.

(٢) سقط من هـ .

(٣) في و: المعيب.

قال : (ويحصل القبض فيما بيع بالكيل والوزن بكيله ووزنه ، وفي الصُّبْرة وما ينقل بالنقل ، وفيما يُتناول بالتناول ، وفيما عدا ذلك بالتخلية . وعنه : أن قبض جميع الأشياء بالتخلية مع التميز) .

أما كون القبض فيما بيع بما ذكر يحصل بما تقدم ذكره أولاً على المذهب ؛ فلأن قبض كل شيء بحسبه لأن القبض مطلق في الشرع فيجب الرجوع فيه إلى العرف كالإحياء والإحراز .

وأما كون قبض جميع الأشياء بالتخلية مع التمييز على روايةٍ [فلأن][1] ذلك قبض في العقار فليكن في جميع المبيع كذلك بالقياس عليه .

والأول هو الصحيح ؛ لما روى أبو هريرة أن رسول الله ﷺ قال : « من اشترى طعاماً فلا يبعه حتى يكتاله »[2] أخرجه مسلم .

وعن عثمان بن عفان رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال : « إذا بِعتَ فَكِلْ ، وإذا ابتَعْتَ فاكتَل »[3] رواه البخاري .

وروي « أن النبي ﷺ نهى عن بيعِ الطعامِ حتى يجريَ فيه الصاعانِ : صاعُ البائعِ وصاعُ المشتري »[4] .

وروى ابن عمر : « كانوا يُضربون على عهد رسول الله ﷺ إذا اشتروا الطعام جِزافاً أن يَبيعوه حتى يُؤوُوه »[5] .

وفي لفظ : « كنا نبتاع الطعام جزافاً فيَبعثُ علينا من يَأمُرُنا بانتقالِه من مَكانه الذي ابتعنَاه إلى مكانٍ سِواه قبلَ أن نَبيعه »[6] .

---

(١) زيادة يقتضيها السياق.

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه (١٥٢٨) ٣: ١١٦٢ كتاب البيوع، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض.

(٣) ذكره البخاري في صحيحه تعليقاً ٢: ٧٤٨ كتاب البيوع، باب الكيل على البائع والمعطي.
وأخرجه أحمد في مسنده (٥٦٠) ١: ٧٥.

(٤) أخرجه ابن ماجة في سننه (٢٢٢٨) ٢: ٧٥٠ كتاب التجارات، باب النهي عن بيع الطعام قبل ما لم يقبض. قال في الزوائد: في إسناده محمد بن عبدالرحمن بن أبي ليلى ، أبو عبدالرحمن الأنصاري ، وهو ضعيف.

(٥) سبق تخريجه ص: ٤٧٥.

(٦) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٠١٧) ٢: ٧٤٧ كتاب البيوع، باب ما ذكر في الأسواق.

وفي لفظ : « فنهَانا أن نَبيعه حتى نَنْقُلَه »[1] رواهن مسلم .

وجه الحجة من هذه الأحاديث أنه جعل قبض المبيع كيلاً الكيل وقبض المبيع جزافاً النقل وذلك يدل على أن القبض يختلف .

إذا تقرر هذا فقبض المكيل الكيل لما تقدم والموزون الوزن لأنه في معناه . والمراد بالمكيل ما بيع بالكيل وبالموزون ما بيع بالوزن لا ما كان مكيلاً في نفسه أو موزوناً لأن النبي ﷺ جعل قبض المبيع جزافاً النقل مع كونه مكيلاً وقد جاء في حديث مصرحاً به عن النبي ﷺ أنه قال : « إذا سَميتَ الكيلَ فَكِلْ »[2] رواه الأثرم . فيحمل المطلق على المقيد .

وقبض الصبرة وما ينقل كالثياب والحيوان النقلُ : أما الصبرة فلما تقدم من حديث ابن عمر .

وأما سائر ما ينقل فبالقياس عليه لأنه في معناه .

وقبض ما لا ينقل كالعقار بالتخلية لأنه لا يمكن فيه أكثر من ذلك .

قال : (والإقالة فسخ يجوز في المبيع قبل قبضه ، ولا يستحق بها شفعة ، ولا يجوز إلا بمثل الثمن . وعنه : أنها بيع فلا يثبت فيها ذلك إلا بمثل الثمن في أحد الوجهين) .

أما كون الإقالة فسخاً على المذهب ؛ فلأن الإقالة هي الرفع والإزالة يقال : أقالك الله عثرتك أي أزالها وذلك عين الفسخ .

وأما كونها بيعاً على رواية ؛ فلأن المبيع عاد إلى البائع على الجهة التي خرج منها فكان بيعاً كالأول .

ولأنه[3] نقل للملك بعوض على وجه التراضي فكان بيعاً كالأول .

والأول هو الصحيح ؛ لما ذكر .

⇨

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٢٧) ٣: ١١٦٠ كتاب البيوع، باب بطلان المبيع قبل القبض. واللفظ له.

(١) سبق تخريجه ص: ٤٧٥.

(٢) أخرجه ابن ماجة في سننه (٢٢٣٠) ٢: ٧٥٠ كتاب التجارات، باب بيع المجازفة.

(٣) في هـ : ولأن .

ولأن الإجماع على أن للمسلم أن يقيل المسلم في جميع المسلم فيه مع إجماعهم على نهيه ع عن بيع الطعام قبل قبضه[1] دليل على أن الإقالة ليست بيعاً .

ولأنها تتقدر بالثمن الأول ولو كانت بيعاً لم تتقدر به لأنه عاد إليه المبيع بلفظ لا ينعقد به البيع فكان فسخاً كالرد بالعيب .

وفائدة الخلاف ما ذكره المصنف رحمه الله من أنها تجوز في المبيع قبل قبضه ولا يستحق بها شفعة ولا تجوز إلا بمثل الثمن الأول إن قيل هي فسخ .

أما كونها تجوز في المبيع قبل القبض ؛ فلأنها فسخ والفسخ لا يعتبر فيه القبض كالرد بالعيب والفسخ بالخيار والتدليس .

وأما كونها لا يستحق بها شفعة ؛ فلأن العقد الذي يستحق به الشفعة البيع ولا بيع .

وأما كونها لا تجوز إلا بمثل الأول قدراً ونوعاً ؛ فلأن العقد إذا ارتفع رجع كل واحد منهما بما كان له .

وأما كونها[2] لا يثبت فيها ذلك إلا بمثل الثمن إن قيل هي بيع لأن بيع المبيع لا يجوز قبل قبضه والشفعة تستحق لبقاء نقل الملك بل تتأكد لأن النقل تكرر .

ولا يثبت ذلك في الثمن في وجهٍ لأن ذلك بيع فلم يشترط فيه المثل كسائر البياعات ، ويثبت فيه في وجهٍ لأن الإقالة خصت بمثل الثمن كالتولية وكما اختصت المرابحة بالربح .

---

(١) سبق تخريجه ص: ٤٧٥.

(٢) في هـ : وأنها.

باب الربا والصرف

الربا في اللغة: الزيادة . قال الله تعالى : {فإذا أنزلنا عليها الماء اهتزت وربت} [فصلت:٣٩] أي زادت .

وقال تعالى : {أن تكون أمةٌ هيَ أربَى من أمة} [النحل:٩٢] أي أكثر عدداً .

وفي الشرع : الزيادة في أشياء مخصوصة .

وهو محرم بالكتاب ، والسنة ، والإجماع : أما الكتاب فقوله تعالى : {وحرم الربا} [البقرة:٢٧٥] وما بعدها من الآيات .

وأما السنة فما روي عن النبي ﷺ أنه قال : « اجتَنبُوا السبعَ الموبقات . قيل : يا رسول الله ! ما هنّ؟ قال : الشركُ بالله ، والسحرُ ، وقتلُ النفسِ التي حرمَ اللهُ إلا بالحقِ ، وأكلُ الرّبا ، وأكلُ مالِ اليتيمِ ، والتولّي يومَ الزحفِ ، وقذفُ المحصناتِ الغافلاتِ المؤمنات »[1] .

وروي عن النبي ﷺ « أنه لعنَ آكلَ الرّبا ، ومُوكِلَهُ ، وشَاهدَيه ، وكَاتِبَه »[2] متفق عليهما .

وأما الإجماع فأجمعت الأمة على تحريم الربا في الجملة .

والصرف : عبارة عن بيع الدراهم بالدنانير أو بالعكس . وله شروط ستذكر إن شاء الله تعالى .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٦١٥) ٣: ١٠١٧ كتاب الوصايا، باب قول الله تعالى: {إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً إنما يأكلون في بطونهم ناراً}.

وأخرجه مسلم في صحيحه (٨٩) ١: ٩٢ كتاب الإيمان، باب بيان الكبائر وأكبرها.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٥٠٣٢) ٥: ٢٠٤٥ كتاب الطلاق، باب مهر البغي والنكاح الفاسد. ولم يذكر: « وشاهديه وكاتبه ».

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٩٨) ٣: ١٢١٩ كتاب المساقاة، باب لعن آكل الربا ومؤكله. واللفظ له.

قال المصنف رحمه الله : (وهو نوعان : ربا الفضل، وربا النسيئة : فأما ربا الفضل فيحرم في الجنس الواحد من كل مكيل أو موزون وإن كان يسيراً كتمرة بتمرتين وحبة بحبتين . وعنه : لا يحرم إلا في الجنس الواحد من الذهب والفضة وكل مطعوم . وعنه : لا يحرم إلا في ذلك إذا كان مكيلاً أو موزوناً)[1] .

أما قول المصنف رحمه الله : وهو نوعان ؛ فعائد إلى الربا .

وأما كونه نوعين ؛ فلأن[2] منه ما يحرم فيه التفاضل ومنه ما يحرم فيه النسيئة .

وأما كون ربا الفضل يحرم ؛ فلأنه ربا فيدخل فيما تقدم ذكره في أول الباب .

فإن قيل : فقد قال عليه السلام : « لا رِباً إلا في النَّسيئَة »[3] رواه البخاري .

قيل : الحديث يحمل على الجنسين بدليل ما تقدم من الأحاديث . ثم هو مرجوح بالنسبة إلى ما تقدم لأنه مجمل وما تقدم مفصل . ويؤيده ما روى عبادة بن الصامت عن النبي ﷺ أنه قال : « الذهبُ بالذهبِ مثلاً بمثل ، والتمرُ بالتمرِ مثلاً بمثل ، والبُرّ بالبُرِّ مثلاً بمثل ، والمِلحُ بالملحِ مثلاً بمثل ، والشعيرُ بالشعيرِ مثلاً بمثل فمن زَاد أو ازْدَادَ فقد أَرْبَا »[4] . [رواه مسلم][5] .

وأما كون ربا الفضل يحرم في الجنس الواحد من كل مكيل أو موزون على المذهب ؛ فلأن علة المكيل كونه مكيل جنس وعلة الموزون كونه موزون جنس لأن أنساً روى عن النبي ﷺ أنه قال : « وما وزن مثلاً بمثل إذا كان نوعاً واحداً ، وما كيل مثلاً بمثل إذا كان نوعاً واحداً »[6] .

ولأن قضية البيع المساواة[7] ، والمؤثر في تحقيقها الكيل أو الوزن مع الجنس ؛ لأن الكيل أو الوزن يسوي بينهما صورة والجنس يسوي بينهما معنى فكانا علة .

---

(١) في هـ: موزناً.

(٢) في هـ: فلأنه.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٠٦٩) ٢: ٧٦٢ كتاب البيوع، باب بيع الدينار بالدينار نساءً.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٩٦) ٣: ١٢١٨ كتاب المساقاة، باب بيع الطعام مثلاً بمثل.

(٤) أخرجه مسلم في صحيحه (١٥٨٧) ٣: ١٢١١ كتاب المساقاة، باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقداً.

(٥) زيادة من ج.

(٦) أخرجه الدارقطني في سننه (٥٨) ٣: ١٨ كتاب البيوع.

(٧) في هـ: المواساة.

ولأن الزيادة في الكيل محرمة دون الزيادة في غيره بدليل بيع الثقيلة بالخفيفة .

وأما كون ذلك يحرم وإن كان يسيراً كتمرة بتمرتين وحبة بحبتين كالكثير فلاشتراكهما في الزيادة الموجبة للتحريم .

وأما كون ذلك لا يحرم إلا في الجنس الواحد من الذهب والفضة وكل مطعوم على رواية ؛ فلأن العلة في الذهب والفضة الثمينة وفيما عداهما الطعم .

أما كون العلة في الذهب والفضة الثمينة ؛ فلأن الثمينة وصف شريف إذ به قوام الأموال .

ولأن العلة لو كانت فيهما الوزن لما جاز إسلامهما في الموزونات لأن أحد وصفي علة ربا الفضل تكفي في تحريم النسيئة .

وأما كون العلة فيما عداهما الطعم فـ « لأن النبي ﷺ نهى عن بيع الطعام بالطعام إلا مثلاً بمثل »[1] رواه مسلم .

ولأن الطعم وصف شريف إذ به قوام الأبدان .

وأما كون ذلك لا يحرم إلا في المطعوم إذا كان مكيلاً أو موزوناً ؛ فلأن العلة فيما عدا الذهب والفضة كونه مطعوم جنس مكيلاً أو موزوناً لأن الطعم وكل واحد من وصفي الكيل والوزن له أثر فيجب التعليل به .

والأولى هي الصحيحة في المذهب لما تقدم .

وروى ابن عمر قال : قال رسول الله ﷺ : « لا تبيعوا الدينار بالدينارين ولا الدرهم بالدرهمين ولا الصاع بالصاعين فإني أخاف عليكم الربا »[2] رواه الإمام أحمد .

ولأن الطُّعم لو كان علة لجرى الربا في الماء لكونه مطعوماً قال الله تعالى : {ومن لم يطعمه فإنه مني} [البقرة:٢٤٩] ، ونهيه عليه السلام عن الطعام إلا مثلاً بمثل محمول على المطعوم المكيل أو الموزون ، وكون الطعام وصفاً شريفاً ينافي تحريم البيع معه لأنه شرف من حيث تعلق الحاجة به وذاك يقتضي الإطلاق في التوصل إليه وشراءه بكل طريق ممكن ليحصل قوام البنية ويتمكن من العبادات .

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٥٩٢) ٣: ١٢١٤ كتاب المساقاة، باب بيع الطعام مثلاً بمثل.

(٢) أخرجه أحمد في مسنده (٥٨٨٥) ٢: ١٠٩.

فعلى هذا كلما كيل أو وزن[1] يحرم التفاضل بينه وبين جنسه وإن لم يكن مطعوماً كالأشنان والنورة والقطن وما أشبه ذلك .

وعلى الرواية الثانية يحرم التفاضل في الذهب والفضة وفي كل مطعوم وإن لم يكن مكيلاً ولا موزوناً كالسفرجل وما أشبه ذلك .

وعلى الرواية الثالثة يحرم التفاضل في المطعوم المكيل والموزون كالزبيب ولا يحرم في المطعوم غير المكيل والموزون كالسفرجل وما أشبهه ، ولا في المكيل أو الموزون غير المطعوم كالحديد والأُشنان وما أشبههما .

قال : (ولا يباع ما أصله الكيل بشيء من جنسه وزناً ، ولا ما أصله الوزن كيلاً ، فإن اختلف الجنس جاز بيع بعضه ببعض كيلاً ووزناً وجزافاً) .

أما كون ما أصله الكيل لا يباع بشيء من جنسه وزناً ؛ فلأن العبرة بالكيل في المكيل فلم يجز بيعه بغيره لما تقدم من اشتراط الكيل .

ولأنه يروى عن النبي ﷺ : « الذهب بالذهب وزناً بوزن ، والفضة بالفضة وزناً بوزن ، والبُر بالبُر كيلاً بكيل »[2]. رواه الأثرم في حديث عبادة . ورواه أبو داود ولفظه : « البر بالبر مُدْيٌ بمُدْي ، والشعير بالشعير مديٌ بمدي ، والملح بالملح مديٌ بمدي ، فمن زاد أو ازداد فقد أربا »[3] .

وأما كون ما أصله الوزن لا يباع بشيء من جنسه كيلاً ؛ فلأن العبرة بالوزن في الموزون فلم يجز بيعه بالمكيل للمعنى المذكور في بيع ما أصله الكيل .

وأما كون البيع يجوز كيلاً ووزناً وجزافاً إذا اختلف الجنس ؛ فلأن النبي ﷺ قال : « فإذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم »[4] .

---

(١) في هـ: ووزن.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٥: ٢٩١ كتاب البيوع ، باب اعتبار التماثل فيما كان موزوناً على عهد النبي ﷺ...

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٣٣٤٩) ٣:٢٤٨ كتاب البيوع، باب في الصرف.

(٤) أخرجه مسلم في صحيحه (١٥٨٧) ٣: ١٢١١ كتاب المساقاة، باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقداً. وأخرجه أبو داود في سننه (٣٣٥٠) ٣: ٢٤٨ كتاب البيوع، باب في الصرف. ولفظهما: « فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم... ». من حديث عبادة بن الصامت رضي الله عنه.

ولأنه يجوز التفاضل في ذلك وغاية ما يقدر في البيع المذكور حصول التفاضل وذلك جائز في الجنسين .

وقال المصنف في المغني : ذهب كثير من أصحابنا إلى تحريم ذلك .

قال ابن أبي موسى : لا خير فيما يكال بما يكال جزافاً ، ولا فيما يوزن بما يوزن جزافاً اتفقت الأجناس أم اختلفت . ولا بأس ببيع المكيل بالموزون جزافاً . وقال ذلك القاضي والشريف أبو جعفر واحتج له بما روى أبو بكر « أن النبي ﷺ نهى عن بيع الطعام بالطعام مجازفة » ، وهذا طعام . والحديث الذي رواه مسلم فيما تقدم[1] .

ولأنه بيع طعام بطعام أشبه الجنس الواحد .

والأول أصح لما تقدم من قوله : « فإذا اختلفت هذه الأصناف[2] فبيعوا كيف شئتم يداً بيد »[3] .

ولأنه يجوز التفاضل فيه فجاز جزافاً من الطرفين كالمكيل بالموزون .

ولأن حقيقة التفاضل لا تمنع فإنه يجوز أن يبيع مد حنطة بأمداد شعير وشبههما فالجهل به أولى أن لا يكون مانعاً .

والحديث المذكور المراد به الجنس الواحد ولهذا جاء في بعض ألفاظه : « نَهى أن تُباعَ الصَبرة لا يعلمُ مَكيلُها من التمر »[4] .

والظاهر أن الحديثين واحد ، وإنما اختلفت ألفاظه . ثم هو مخصوص بالمكيل بالموزون فيقاس عليه محل النزاع .

---

(١) وهو قوله : « أن النبي ﷺ نهى عن بيع الطعام بالطعام إلا مثلاً بمثل » . وقد سبق تخريجه ص: ٤٨٣.

(٢) في هـ: الأجناس.

(٣) سبق تخريجه ص: ٤٨٤.

(٤) أخرجه مسلم في صحيحه (١٥٣٠) ٣: ١١٦٢ كتاب البيوع، باب تحريم بيع صبرة التمر المجهولة القدر بتمر.

وأخرجه النسائي في سننه (٤٥٤٧) ٧: ٢٦٩ كتاب البيوع، بيع الصبرة من التمر لا يعلم مكيلها بالكيل المسمى من التمر.

قال : (والجنس ما له اسم خاص يشمل أنواعاً كالذهب والفضة والبر والشعير والتمر والملح ، وفروع الأجناس أجناس كالأدقة والأخباز والأدهان) .

أما قول المصنف رحمه الله : والجنس ما له اسم خاص يشمل أنواعاً ؛ فبيان لمعنى الجنس لأنه لما تقدمت التفرقة بين الجنس والجنسين دعت الحاجة إلى تبيين الجنس .

والفرق بينه وبين النوع أن الجنس هو الشامل لأشياء كثيرة مختلفة بأنواعها ، والنوع هو الشامل لأشياء كثيرة مختلفة بأشخاصها ؛ فأنواع الذهب : المصري ، والأتابكي ، والصوري . وأنواع الفضة : الكاملي ، والناصري ، والظاهري . وأنواع البر : الحوراني ، والسوادي ، والغوطي ، وما أشبه ذلك . وأنواع الشعير : المسدس ، والرومي ، ونحو ذلك . وأنواع الملح : التدمري ، والجِثولي ، وما أشبه ذلك .

وأما قول المصنف رحمه الله : كالذهب والفضة والبر والشعير والتمر والملح فتصريح بأشياء لكل واحد منها اسم خاص يشمل أنواعاً .

وأما كون فروع الأجناس أجناساً كدقيق القمح ودقيق الشعير وخبز القمح وخبز الشعير ودهن اللوز ودهن الجوز ؛ فلأن الفروع تبع للأصل فلما كانت أصول هذه أجناساً وجب أن تكون هذه أجناساً إلحاقاً للفروع بأصولها .

قال : (واللحم أجناس باختلاف أصوله . وعنه : جنس واحد ، وكذلك اللبن . وعنه في اللحم أنه أربعة أجناس : لحم الأنعام ، ولحم الوحش ، ولحم الطير ، ولحم دواب الماء . واللحم والشحم والكبد أجناس) .

أما كون اللحم أجناساً باختلاف أصوله على المذهب ؛ فلأنه إذا اختلف أصله فروعُ أصول هي أجناس فكانت أجناساً كالأدقة والأخباز .

وأما كونه جنساً واحداً على روايةٍ ؛ فلأنه اسم تحته أنواع فكان جنساً واحداً كالطلع .

وأما كونه أربعة أجناس كما ذكر المصنف على روايةٍ ؛ فلأن الحيوانات المذكورة تختلف في المنفعة والقصد والأكل فكانت أجناساً . وصحح القاضي هذه الرواية قاله المصنف في المغني . ونصر ابن عقيل الأول .

وقال المصنف رحمه الله في المغني : وهو الأشبه بالأصول فإن كثيراً من المشتركات في[1] الأسماء مختلفة الأجناس لاختلاف أصولها كما تقدم .

فعلى هذا لحم الإبل جنس بخاتيها وعِرَابها . والبقر جنس عِرَابها وجواميسها . والغنم جنس ضأنها ، ومعزها . والوحش أجناس بقرها جنس وغنمها جنس وظباؤها جنس . وكل ما له اسم يخصه تحته أنواع جنس والطير أجناس .

وأما كون اللبن فيه روايتان :

إحداهما : أنه يختلف كأصوله .

والثانية : أنه جنس واحد فلما ذكر في اللحم .

وظاهر كلام المصنف رحمه الله أنه لا تجري الرواية الثالثة في اللحم في اللبن لأنه عطفه على الروايتين في اللحم ثم خصص اللحم رواية ثالثة .

وقال في الكافي بعد ذكره الروايات الثلاث في اللحم : وفي الألبان من القول مثل ما في اللحم لأنها من الحيوانات يتفق اسمها أشبهت اللحم .

وظاهر هذا أن في اللبن الروايات الثلاث وهو أظهر لاتحادهما في المعنى .

وأما كون اللحم والشحم والكبد أجناساً ؛ فلأنها مختلفة في الاسم والخلقة فكانت أجناساً كالإبل والبقر والغنم .

قال : (ولا يجوز بيع لحم بحيوان من جنسه ، وفي بيعه بغير جنسه وجهان) .

أما كون بيع لحمٍ بحيوان من جنسه كلحم إبل بإبل وغنم بغنم وما أشبههما لا يجوز فـ «لأن النبي ﷺ نَهى عن بيعِ اللحمِ بالحيوان »[2] .

وروي عنه أنه عليه السلام : « نهى أن يباع حي بميت »[3] .

ولأنه نوع فيه الربا بِيع بأصله الذي فيه منه فلم يجز كبيع السمسم بالشيرج .

---

(١) ساقط من هـ.

(٢) أخرجه مالك في الموطأ (٦٤) ٢: ٥٠٧ كتاب البيوع، باب بيع الحيوان باللحم. قال ابن عبدالبر: لا أعلمه يتصل من وجه ثابت.

(٣) أخرجه الشافعي في البيوع، باب فيما نهي عنه من البيوع وأحكام أخر ٢:١٤٥/٤٨٤.

وأما كون بيع لحم بحيوان من غير جنسه كلحم إبل بغنم ولحم غنم ببقر لا يجوز في وجهٍ فلعموم ما تقدم .

وروي عن ابن عباس « أن جزوراً نحرت على عهد أبي بكر رضي الله عنه[1] فجاء رجل بعناق فقال : أعطوني جزءاً بهذا العناق . فقال : لا يصلح هذا » .

وهل يشترط في غير الجنس كونه مأكولاً ؟ فيه وجهان :

أحدهما : يشترط . ذكره أبو الخطاب في رؤوس المسائل .

والثاني : لا يشترط . فلا يجوز بيع لحم غنم وشبهه بحمار ونحو ذلك لدخوله في عموم ما تقدم .

وصحح صاحب النهاية فيها الأول وعلله بأن المنع إنما كان لأجل الربا فإذا لم يكن مأكولاً لم توجد العلة فوجب أن يزول الحكم لزوال علته . وجعله المصنف في المغني ظاهر قول أصحابنا .

وأما كون بيع لحم بحيوان من غير جنسه يجوز في وجهٍ ؛ فلأن النهي عن بيع اللحم بالحيوان إنما كان لاشتمال الحيوان على جنس اللحم؛ لأن ذلك يؤدي إلى الربا فإذا لم يكن من جنسه وجب الجواز لزوال العلة المقتضية للتحريم .

وقيل : هذان الوجهان مبنيان على كون جميع اللحم جنساً أو أجناساً . فإن قيل : جميعها جنس واحد لم يجز بيع اللحم بالحيوان مطلقاً ، وإن قيل : أجناس جاز لأن التفاضل مع اختلاف الجنس لا يضر .

قال : (ولا يجوز بيع حب بدقيقه ولا سويقه في أصح[2] الروايتين) .

أما كون بيع حب بدقيقه أو سويقه لا يجوز في روايةٍ ؛ فلأن كل واحد مكيل ويشترط في بيع المكيل بجنسه التساوي وهو متعذر هنا لأن أجزاء الحب تنتشر بالطحن .

وأما كونه يجوز في روايةٍ ؛ فلأن الدقيق نفس الحب وإنما تكسرت أجزاؤه فجاز بيع البعض بالبعض كالحب المكسر بالصِّحاح .

---

(١) في هـ: عهد رسول الله ﷺ.

(٢) ساقط من هـ.

فعلى هذا تعتبر المساواة بالوزن لأن الكيل لا يحصل به التساوي لما ذكر .

وأما كون الأصح أنه لا يجوز فلما تقدم .

ولأن التساوي بالكيل متعذر بخلاف المكسر بالصحاح فإن الكيل غير متعذر .

واعتبار الوزن فيما هو مكيل لا يصح لما تقدم في بيع المكيل وزناً وبعكسه .

قال : (ولا يجوز بيع نيئه بمطبوخه ، ولا أصله بعصيره ، ولا خالصه بمشوبه ، ولا رَطْبه بيابسه) .

أما كون بيع نيء الشيء بمطبوخه كالحنطة بالهريسة أو بالحريرة أو بالنشاء أو ما أشبه ذلك لا يجوز ؛ فلأن النار تعقد أجزاء المطبوخ وتنفخها فلا يحصل التساوي .

وأما كون بيع أصله بعصيره كالسمسم بالشيرج والزيتون بالزيت وما أشبه ذلك لا يجوز ؛ فلأنه مال ربا بيع بأصله الذي فيه منه فلم يجز كبيع اللحم بالحيوان .

وأما كون بيع خالصه بمشوبه لا يجوز كلبن لا ماء فيه بلبن مخلوط بماء لا يجوز فلانتفاء التساوي المشترط .

وأما كون بيع رَطْبه بيابسه كبيع الرطب بالتمر فـــ « لأن النبي ﷺ سئل عن بيع الرطب بالتمر . فقال : أينقص الرطب[1] إذا يبس ؟ فقالوا : نعم . فقال : لا إذاً »[2] . علل بالنقصان إذا يبس وهو موجود في كل رطب بيع بيابسه .

قال : (ويجوز بيع دقيقه بدقيقه إذا استويا في النعومة ، ومطبوخه بمطبوخه ، وخبزه بخبزه إذا استويا في النشاف ، وعصيره بعصيره ، ورطبه برطبه) .

أما كون بيع جميع ذلك بما ذكر يجوز ؛ فلأنه متساو في الحال على وجهٍ لا ينفرد أحدهما بالنقصان في ثاني الحال فوجب أن يجوز كبيع التمر بالتمر .

---

(١) ساقط من هـ .

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٣٣٥٩) ٣: ٢٥١ كتاب البيوع، باب في التمر بالتمر.

وأخرجه الترمذي في جامعه (١٢٢٥) ٣: ٤٩٢ كتاب البيوع، باب ما جاء في النهي عن المحاقلة والمزابنة.

وأخرجه النسائي في سننه (٤٥٤٦) ٧: ٢٦٩ كتاب البيوع، اشتراء التمر بالرطب.

وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٢٦٤) ٢: ٧٦١ كتاب التجارات، باب بيع الرطب بالتمر.

وأخرجه مالك في الموطأ (٢٢) ٢: ٤٨٥ كتاب البيوع، باب ما يكره من بيع التمر.

وأما قول المصنف رحمه الله : في الدقيق إذا استويا في النعومة فتنبيه على اشتراط التساوي في النعومة؛ لأن الكيل يسع من الخشن أكثر من الناعم لتفرق أجزاء الناعم فلا يحصل التساوي المشترط .

وأما قوله في المطبوخ والخبز إذا استويا في النشاف فتنبيه على اشتراط التساوي في النشاف لأن أحدهما إذا كان أكثر رطوبة من الآخر[1] لا يحصل التساوي المشترط .

قال : (ولا يجوز بيع المحاقلة . وهو : بيع الحب في سنبله بجنسه ، وفي بيعه بغير جنسه وجهان ، ولا المزابنة . وهو : بيع الرطب في رؤوس النخل بالتمر ، إلا في العرايا . وهي : بيع الرطب في رؤوس النخل خرصاً بمثله من التمر كيلاً فيما دون خمسة أوسق لمن به حاجة إلى أكل الرطب ولا ثمن معه ويعطيه من التمر مثل ما يؤول إليه ما في النخل عند الجفاف . وعنه : يعطيه مثل رطبه ، ولا يجوز في سائر الثمار في أحد الوجهين) .

أما كون بيع المحاقلة لا يجوز فـ « لأن النبي ﷺ نهى عن بيعِ المحاقَلَة »[2] . والنهي يقتضي التحريم والفساد .

ولأن الحب إذا بيع بجنسه لا يعلم مقداره بالكيل ، والجهل بالتساوي كالعلم بالتفاضل .

وأما قول المصنف رحمه الله : وهو بيع الحب في سنبله بجنسه فتفسير لبيع المحاقلة .

قال أبو عبيد : المحاقلة بيع الزرع في سنبله بالبر .

وأما كون بيع الحب في سنبله بغير جنسه لا يجوز في وجهٍ ؛ فلأن بيع زرع الحنطة بحنطة إنما سمي محاقلة لأنه في الحقل وهذا المعنى موجود في غيره مما ذكرنا فيجب أن يدخل فيه .

قال الأزهري : والحقل القراح المزروع .

---

(١) في هـ: الإجزاء.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٠٩٣) ٢: ٧٦٨ كتاب البيوع، باب بيع المخاضرة.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٣٦) ٣: ١١٧٤ كتاب البيوع، باب النهي عن المحاقلة والمزابنة...

وأما كونه يجوز في وجه ؛ فلأن تفسير أبي عبيد الحديث يدل على ذلك لأنه قال : المحاقلة بيع الزرع في سنبله بالبر .

ولأن النهي لخوف التفاضل المحرم وهو منتف في الجنسين .

وأما كون بيع المزابنة إذا لم يكن عرايا [لا يجوز](1) ؛ فـ « لأن النبي ﷺ نهى عن المزابنة »(2) ، والنهي يقتضي التحريم والفساد . ترك العمل به في العرايا لما يأتي فيبقى فيما عداه على مقتضاه .

وأما قول المصنف رحمه الله : وهو بيع الرطب في رؤوس النخل بالتمر ؛ فتفسير لبيع المزابنة المحرم . وفي الحديث أن ابن عمر قال : « نهى النبي ﷺ عن المُزابَنَة . والمزابنةُ بيعُ ثمرِ النخلِ بالتمرِ كيلاً »(3) رواه مسلم .

وأما كون بيع العرايا يجوز فلما روى أبو هريرة « أن رسول الله ﷺ رخّص في العرية في خمسة أوسق أو دون خمسة أوسق »(4) متفق عليه .

وأما ما يشترط لجواز بيع العرايا فأمور :

أحدها : أن يكون الرطب على رؤوس النخل فلو كان على وجه الأرض لم يجز لأن الرخصة وردت في بيعه على رؤوس النخل ليؤخذ شيئاً فشيئاً .

وثانيها : أن يكون البيع بخرصها من التمر لا أقل ولا أكثر « لأن النبي ﷺ رخص لهم أن يبتاعوا العرية بخرصها من التمر »(5) متفق عليه .

---

(١) زيادة يقتضيها السياق.

(٢) سيأتي تخريجه في الحديث الآتي.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٠٧٣) ٢: ٧٦٣ كتاب البيوع، باب بيع المزابنة...
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٤٢) ٣: ١١٧١ كتاب البيوع، باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا في العرايا.

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٠٧٨) ٢: ٧٦٤ كتاب البيوع، باب بيع الثمر على رؤوس النخل بالذهب والفضة.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٤١) ٣: ١١٧١ كتاب البيوع، باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا في العرايا.

(٥) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٢٥٣) ٢: ٨٣٩ كتاب المساقاة، باب الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط أو في نخل.

⇦

وفي معنى الخرص روايتان :

إحداهما : ينظر كم يجيء منها تمر فيبيعها بمثله لأنه يخرص في الزكاة كذلك .

والثانية : يبيعها بمثل ما فيها من الرطب لأن الأصل اعتبار المماثلة في الحال بالكيل فإذا خولف الدليل في أحدهما وأمكن أن لا يخالف في الآخر وجب .

وثالثها : كون التمر معلوماً بالكيل لأن في بعض الألفاظ : « رخص في العرايا أن تباع بخرصها كيلاً »[1] متفق عليه .

ولأن الأصل الكيل من الطرفين سقط في أحدهما للتعذر فيجب في الآخر بقضية الأصل .

ولأن مع ترك الكيل من الطرفين يكثر الغرر فإذا وجد أحدهما كان الغرر أقل .

ورابعها : كون المبيع دون خمسة أوسق لما يأتي .

وعن الإمام أحمد يجوز في الخمسة ؛ لأن الرخصة ثبتت في العرية ثم نهي عما زاد على الخمسة ، وشك الراوي في الخمسة في قوله : «رخص رسول الله ﷺ في العرية في خمسة أوسق أو دون خمسة أوسق »[2] فردت إلى أصل الرخصة .

والأول المذهب لأن الأصل تحريم الرطب بالتمر خولف فيما دون الخمسة بالخبر والخمسة مشكوك فيها فترد إلى الأصل .

وخامسها : أن يكون بالمشتري حاجة إلى أكل الرطب « لأن زيد بن ثابت حين سأله محمود بن لبيد : ما عراياكم هذه ؟ سمى رجالاً محتاجين من الأنصار شكَوا إلى

⇦

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٤٠) ٣: ١١٧٠ كتاب البيوع، باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا في العرايا.

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٠٨٠) ٢: ٧٦٤ كتاب البيوع، باب تفسير العرايا.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٣٩) ٣: ١١٦٩ كتاب البيوع، باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا في العرايا.

(٢) سبق تخريجه ص: ٤٩١.

رسول الله ﷺ أن الرطب يأتي ولا نقد بأيديهم يبتاعون به رطباً يأكلونه وعندهم فضول من التمر فرخص لهم أن يتبايعوا العرايا بخرصها من التمر يأكلونه رطباً »[1] متفق عليه .

ومتى خولف الأصل بشرط لم تجز مخالفته بدون ذلك الشرط .

ولأن ما أبيح للحاجة لم يبح مع عدمها كالزكاة للمساكين والرخص في السفر .

وسادسها : أن لا يكون معه ثمن غير التمر لقوله في الحديث : « ولا نقد بأيديهم » .

وسابعها : أن يقبض البائع الثمن والمشتري الرطب قبل تفرقهما لأنه بيع تمر بتمر فاعتبرت فيه أحكامه . وقبض التمر بالكيل ، والرطب بالتخلية؛ لأن الكيل ممكن في التمر دون الرطب .

وأما كون مثل ما ذكر لا يجوز في سائر الثمار لا يجوز في وجهٍ فـــ « لأن النبي ﷺ نهى عن المُزَابنة ، الثمرِ بالتمرِ ، إلا أصحاب العرايا فإنه قد أذن لهم . وعن بيع العنب بالزبيب و[عن] كل ثمر بخرصه »[2] رواه الترمذي . وقال : هذا حديث حسن .

وأما كونه يجوز في وجهٍ وهو للقاضي ؛ فلأن حاجة الناس إلى رطب هذه الثمار كحاجتهم إلى الرطب فجاز قياساً على النخل .

والأول أصح ؛ لما ذكر .

وعن زيد بن ثابت عن رسول الله ﷺ « أنه أرخص في بيع العرايا بالرطب أو بالتمر و لم يرخص في غير ذلك »[3] .

ولأن الرخصة وردت في تمر النخيل وغيره لا يساويه في كثرة الاقتيات به وسهولة خرصه فيختص الحكم به .

---

(١) أخرجه الشافعي في اختلاف الحديث (ر. فتح الباري ٤: ٤٥٩ طبعة الريان). وقول المصنف: متفق عليه وهم.

(٢) أخرجه الترمذي في جامعه (١٣٠٣) ٣: ٥٩٦ كتاب البيوع، باب منه. وما بين المعكوفين زيادة من الجامع.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٠٧٢) ٢: ٧٦٣ كتاب البيوع، باب بيع المزابنة وهي بيع الثمر بالتمر... وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٣٩) ٣: ١١٦٨ كتاب البيوع، باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا في العرايا.

قال : (ولا يجوز بيع جنس فيه الربا بعضه ببعض ، ومع أحدهما أو معهما من غير جنسهما كمد عجوة ودرهم بمدين أو بدرهمين أو بمد ودرهم . وعنه : يجوز بشرط : أن يكون المفرد أكثر من الذي معه غيره ، أو يكون مع كل واحد منهما من غير جنسه) .

أما كون ما ذكر لا يجوز على المذهب ويسمى مسألة مُدّ عجوة ؛ فلأنه مفض إلى الربا وسيبين إن شاء الله تعالى .[1]

وأما كونه يجوز بشرط كون المفرد أكثر من الذي معه غيره كمدين بمد ودرهم ، أو يكون مع كل واحد منهما من غير جنسه كمد ودرهم بمد ودرهم على روايةٍ ؛ فلأن الزائد في مقابلة غير الجنس .

قال المصنف في الكافي : الأول المذهب لما روى فضالة بن عبيد قال : « أُتي رسول الله ﷺ بقلادة فيها ذهب وخَرَزُ ابتاعها [رجل] بتسعةِ دنانير . فقال النبي ﷺ : لا ، حتى تميز بينهما »[2] رواه أبو داود .

ولأن الصفقة إذا جمعت[3] شيئين مختلفي القيمة انقسم الثمن بينهما على قدر قيمتهما . بدليل ما لو اشترى شقصاً وسيفاً فإن الشفيع يأخذ الشقص بقسطه من الثمن . فإذا قسم الثمن على القيمة أدى إلى الربا لأنه إذا باع درهماً ومداً قيمته درهمان بمدين قيمتهما ثلاثة حصل في مقابلة الجيد مد وثلث .

قال : (وإن باع نوعي جنس بنوع واحد منه كدينار قراضة وصحيح بصحيحين جاز . أومأ إليه أحمد وذكره أبو بكر ، وعند القاضي هي كالتي قبلها) .

أما كون البيع في هذه المسألة يجوز على ما أومأ إليه الإمام أحمد ؛ فلأن النبي ﷺ قال : « الذهب بالذهب مثلاً بمثل »[4] ، والمماثلة المعتبرة المساواة في الوزن . والجودة

---

(١) ساقط من هـ .

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٣٣٥١) ٣:٢٤٩ كتاب البيوع، باب في حلية السيف تباع بالدراهم. وما بين المعكوفين من السنن. وأصله عند مسلم مختصراً (١٥٩١) ٣: ١٢١٣ كتاب المساقاة، باب بيع القلادة فيها خرز وذهب.

(٣) في هـ : أجمعت.

(٤) سبق تخريجه ص: ٤٨٢.

ساقطة لقول النبي ﷺ : « جيدها ورديئها سواء » . واختلاف القيمة ينبني على الجودة والرداءة .

ولأنه باع ذهباً بذهب متساوياً في الوزن فصح كما لو اتفق النوع .

وأما كونها كالتي قبلها فهي كمسألة مد عجوة عند القاضي ؛ فلأن الثمن ينقسم على عوضه على حسب اختلافه في قيمته فكان الحكم هنا كما سبق .

والأول أصح لما سبق . والثمن إنما ينقسم على المعوض فيما يشتمل على جنسين أو في غير الربويات بدليل ما لو باع نوعاً بنوع يشتمل على جيد ورديء .

قال : (ولا يجوز بيع تمر منزوع النوى بما نواه فيه . وفي بيع النوى بتمر فيه النوى ، واللبن بشاة ذات لبن ، والصوف بنعجة عليها صوف روايتان) .

أما كون بيع تمر منزوع النوى أي لا نوى فيه بتمر فيه نوى لا يجوز ؛ فلأنه يقع النوى فضلة فلا يحصل التساوي .

وأما بيع النوى بتمر فيه نوى يجوز في روايةٍ ؛ فلأن النوى في التمر غير مقصود ولهذا جاز بيع التمر بالتمر .

وأما كونه لا يجوز في رواية ؛ فلأن النوى مكيل فإذا باع كيلين نوى بكيل تمر فيه نوىً لم يجز لأن التفاضل موجود .

ولأنه إذا باع نوى وتمراً بنوى فقد باع جنساً فيه الربا ومعه غيره وقد تقدم فساده .

وأما كون بيع اللبن بشاة ذات لبن ، وبيع الصوف بنعجة لها صوف فيه الروايتان فلما ذكر في بيع النوى بتمر فيه نوى .

قال: (والمَرجع في الكيل والوزن إلى عرف أهل الحجاز في زمن النبي ﷺ. وما لا عرف له به ففيه وجهان أحدهما: يعتبر عرفه في موضعه. والآخر: يرد إلى أقرب الأشياء شبهاً به بالحجاز).

أما كون المَرجع في الكيل والوزن إلى عرف أهل الحجاز في زمن النبي ﷺ إن كان له عرف؛ فلقوله عليه السلام: «المكيال مكيال المدينة والميزان ميزان مكة»[1]، والنبي ﷺ إنما يُحمل قوله على تبيين الأحكام.

ولأن ما كان مكيلاً في زمن النبي ﷺ انصرف التحريم بتفاضل الكيل إليه فلا يجوز أن يتغير، وهكذا الوزن.

وأما كون ما لا عرف له بالحجاز يعتبر عرفه في بلده في وجهٍ؛ فلأن المرجع في القبض والحِرْز والتفرق إلى العرف فكذا هنا.

وأما كونه يرد إلى أقرب الأشياء شبهاً به بالحجاز في وجهٍ؛ فلأن الحوادث تُرَدّ إلى الأشبه بالمنصوص عليه فكذا هاهنا.

قال المصنف في المغني: هو القياس.

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٣٤٠) ٣:٢٤٦ كتاب البيوع، باب في قول النبي ﷺ: «المكيال مكيال المدينة».

وأخرجه النسائي في سننه (٢٥٢٠) ٥: ٥٤ كتاب الزكاة، كم الصاع.

فصل [في ربا النسيئة]

قال المصنف رحمه الله : (وأما ربا النسيئة : فكل شيئين ليس أحدهما ثمناً ، علة ربا الفضل فيهما واحدة ؛ كالمكيل بالمكيل والموزون بالموزون لا يجوز النسأ فيهما . وإن تفرقا قبل التقابض بطل العقد) .

أما كون ربا النسيئة لا يجوز ؛ فلأنه ربا فيدخل في الأدلة المذكورة أول الباب ، وفي حديث أبي سعيد الخدري أن رسول الله ﷺ قال : « لا تبيعوا الذهب بالذهب ولا الورق بالورق[1] إلا مثلاً بمثل ولا تبيعوا منها غائباً بناجز »[2] .

وأما كون كل شيئين ليس أحدهما ثمناً ، علة ربا الفضل فيهما واحدة لا يجوز النسأ فيهما ؛ فلأن النبي ﷺ قال : « فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم يداً بيد »[3] .

وعن عمر رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ : « الذهب بالورق ربا إلا هاء وهاء ، والبر بالبر ربا إلا هاء وهاء ، والشعير بالشعير ربا إلا هاء وهاء »[4] متفق عليه .

وإنما اشترط كون أحدهما ليس ثمناً في كون النسأ لا يجوز لأن أحد العوضين إذا كان من الأثمان والآخر من غيرها جاز النسأ بغير خلاف لأن الشرع رخص في السلم والأصل في رأس ماله الدراهم والدنانير فلو لم يجز النسأ لانسد باب السلم في الموزون .

---

(١) في ج: لا تبيعوا الذهب بالورق ولا الورق بالذهب.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٠٦٨) ٢:٧٦١ كتاب البيوع، باب بيع الفضة بالفضة.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٨٤) ٣:١٢٠٨ كتاب المساقاة، باب الربا.

(٣) سبق تخريجه ص: ٤٨٤.

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٠٢٧) ٢: ٧٥٠ كتاب البيوع، باب ما يذكر في بيع الطعام والحكرة.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٨٦) ٣: ١٢٠٩ كتاب المساقاة، باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقداً.

وإنما اشترط علة ربا الفضل واحدة ؛ لأنها إذا اختلفت كالمكيل بالموزون أو اتفقت كالثياب بالثياب يكون في جواز النسأ خلاف يأتي ذكره بعد إن شاء الله تعالى .

وأما قول المصنف رحمه الله : كالمكيل بالمكيل والموزون بالموزون فإشارة إلى ما فيه علة ربا الفضل على الصحيح من المذهب .

ومن جَعَل العلة الثُّمنية والطعم ينبغي أن يمثل بالمطعوم ولا حاجة له إلى قوله : و لم يكن أحدهما ثمناً ؛ لأن الثمينة لا تتعدى إلى غير الذهب والفضة ، ومن جعلها الوزن والطعم أو الكيل والطعم ينبغي أن يمثل بالتمر وما أشبهه .

وأما كون العقد يبطل إذا تفرقا قبل التقابض ؛ فلأن ما اشترط قبضه في المجلس يبطل العقد بالتفرق قبله كالصرف .

قال : (وإن باع مكيلاً بموزون جاز التفرق قبل القبض ، وفي النسأ روايتان) .

أما كون التفرق قبل القبض فيما ذكر يجوز ؛ فلأنه لو لم يجز لكان القبض شرطاً في جميع ما يحرم في النسأ وليس كذلك لأنه لو كان كذلك لما بقي ربا نسيئة لأن العقد يفسد بعدم التقابض ، والإجماع منعقد على أن من أنواع الربا ربا النسيئة .

وأما كون النسأ فيه لا يجوز في رواية ؛ فلأنهما مالان من أموال الربا ليس أحدهما ثمناً فلم يجز النسأ فيهما كالمكيل بالمكيل .

وأما كونه يجوز فيه في رواية ؛ فلأنه لم يوجد فيه أحد وصفي علة الربا . فجاز النسأ فيه ؛ كالثياب بالحيوان .

قال : (وما لا يدخله ربا الفضل كالثياب والحيوان يجوز النسأ فيهما . وعنه : لا يجوز . وعنه : لا يجوز في الجنس الواحد كالحيوان بالحيوان ، ويجوز في الجنسين كالثياب بالحيوان) .

أما كون ما لا يدخله ربا الفضل كالثياب والحيوان وما أشبه ذلك مما ليس فيه ربا الفضل المتقدم ذكرها يجوز النسأ فيه على المذهب ؛ فلما روى عبدالله بن عمرو قال :

« أمرني النبي ﷺ أن أستسلف إبلاً فكنت آخذ البعير بالبعيرين إلى مجيء المصدق »[1].
[رواه أبو داود][2]. وإذا جاز في الجنس الواحد ففي الجنسين أولى .

وأما كونه لا يجوز فيهما على روايةٍ ؛ فلأنه بيع عرض بعرض فلم يجز النسأ فيهما كالعرض الذي يجري فيه ربا الفضل .

وأما كونه لا يجوز في الجنس ويجوز في الجنسين على روايةٍ ؛ فلأن سمرة روى « أن النبي ﷺ نهى عن بيعِ الحيوانِ بالحيوانِ نَسيئة »[3] قال الترمذي : هذا حديث صحيح .

وذلك يدل على عدم جواز النسأ في الجنس الواحد بمنطوقه وعلى جوازه في الجنسين بمفهومه .

وحكى المصنف رحمه الله في الكافي رواية رابعة هي : أن ذلك جائز مع التساوي ، غير جائز مع التفاضل في الجنس الواحد ؛ لما روى جابر أن النبي ﷺ قال : « الحيوانُ اثنين بواحدٍ لا يصلحُ نسيئاً ولا بأسَ به يداً بيد »[4] قال الترمذي : هذا حديث حسن .

وعن ابن عمر « أن رجلاً قال : يا رسول الله ! أرأيت الرجل يبيع الفرس بالأفراس والنجيبة بالإبل؟ فقال : لا بأس إذا كان يداً بيد »[5] رواه الإمام أحمد في المسند .

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٣٥٧) ٣: ٢٥٠ كتاب البيوع، باب في الرخصة في ذلك. ولفظه: « عن عبدالله بن عمرو أن رسول الله ﷺ أمره أن يجهز جيشاً فنفذت الإبل فأمره أن يأخذ في قلاص الصدقة فكان يأخذ البعير بالبعيرين إلى إبل الصدقة ».

(٢) زيادة من ج.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٣٣٥٦) ٣: ٢٥٠ كتاب البيوع، باب في الحيوان بالحيوان نسيئة.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٢٣٧) ٣: ٤٩٢ كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع الحيوان بالحيوان نسيئة.
وأخرجه النسائي في سننه (٤٦٢٠) ٧:٢٩٢ كتاب البيوع، بيع الحيوان بالحيوان نسيئة.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٢٧٠) ٢:٧٦٣ كتاب التجارات، باب الحيوان بالحيوان نسيئة.
وأخرجه أحمد في مسنده (٢٠٢٣٧) ٥: ٢١.

(٤) أخرجه الترمذي في جامعه (١٢٣٨) ٣: ٤٩٢ كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع الحيوان بالحيوان نسيئة.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٢٧١) ٢: ٧٦٣ كتاب التجارات، باب الحيوان بالحيوان نسيئة.

(٥) أخرجه أحمد في مسنده (٥٨٨٥) ٢: ١٠٩.

قال : (ولا يجوز بيع الكالئ بالكالئ وهو بيع الدين بالدين) .

أما كون بيع الكالئ بالكالئ لا يجوز فـــ « لأن النبي ﷺ نهى عن بيع الكالئ بالكالئ »[1] .

ولأن في ذلك غرراً لأنه ربما وقع ممن الدين في ذمته جحود ، أو منع ، أو ظهر مفلساً فلا يقدر على تسليمه .

وأما قول المصنف رحمه الله : وهو بيع الدين بالدين فتفسير لبيع الكالئ بالكالئ .

قال أبو عبيد بعد ذكر بيع الكالئ بالكالئ : هو النسيئة بالنسيئة .

(١) أخرجه الدارقطني في سننه (٢٦٩) ٣: ٧١ كتاب البيوع.

فصل [في الصرف]

قال المصنف رحمه الله : (ومتى افترق المتصارفان قبل التقابض أو افترقا عن مجلس السَّلم قبل قبض رأس ماله بطل العقد ، وإن قبض البعض ثم افترقا بطل في الجميع في أحد الوجهين ، وفي الآخر يبطل فيما لم يقبض) .

أما كون العقد يطبل إذا افترق المتصارفان قبل التقابض ؛ فلأن القبض في المجلس شرط في صحته بغير خلاف . والأصل فيه قوله عليه السلام : « الذهب بالورق ربا إلا هاء وهاء »[1] وقوله : « بيعوا الذهب بالورق »[2] و « نهى أن يباع غائب منها بناجز »[3] .

ولأن الصرف إنما سمي صرفاً لانصراف كل واحد منهما عن صاحبه فإذا لم يحصل التقابض فقد ذهب معنى الصرف .

وأما كونه يبطل إذا افترقا عن مجلس السَّلَم قبل قبض رأس ماله ؛ فلأن قبض رأس ماله في المجلس لما يأتي في بابه إن شاء الله تعالى[4] .

وأما كونه يبطل فيما لم يقبض إذا افترقا قبل قبض البعض فلفوات القبض المشترط .

وأما كونه يبطل الباقي ففيه وجهان مبنيان على تفريق الصفقة .

---

(١) سبق تخريجه ص: ٤٩٧.

(٢) أخرجه الترمذي في جامعه (١٢٤٠) ٣: ٥٤١ كتاب البيوع ، باب: ما جاء أن الحنطة بالحنطة مثلا بمثل... بلفظ: « ... بيعوا الذهب بالفضة... » .

(٣) سبق تخريجه ص: ٤٩٧.

(٤) ر ص: ٥٣٨.

قال: (وإن تقابضا ثم افترقا فوجد أحدهما ما قبضه رديئاً فرده بطل العقد في إحدى الروايتين، والأخرى إن قبض عوضه في مجلس الرد لم يبطل، وإن رد بعضه وقلنا يبطل في المردود فهل يبطل في غيره؟ على وجهين).

أما كون العقد يبطل إذا تصارفا في الذمة وتقابضا ثم افترقا فوجد أحدهما ما قبضه رديئاً فرده في إحدى الروايتين؛ فلأن قبض مال الصرف شرط لما تقدم وقد تبين أنه غير مقبوض.

وأما[1] كونه لا يبطل إذا قبض البدل في مجلس الرد في الرواية الأخرى؛ فلأن قبض البدل في مجلس الرد يقوم مقام قبضه في مجلس البيع فوجب كونه مثله.

وقول المصنف رحمه الله: فوجد ما قبضه رديئاً يشمل ما إذا كان من جنس المعقود عليه كالسواد في الفضة والوضوح في الذهب، وما إذا كان العيب من غير جنسه مثل أن يظهر نحاساً أو رصاصاً. واشترط في المغني كون العيب من الجنس فيجب حمل لفظه هنا على ذلك إذا قلنا: قبض البدل يقوم مقام قبضه في مجلس الرد، وإذا قلنا: لا يقوم لا حاجة إلى التفصيل؛ لأن البطلان مشترك بين العينين.

وأما كونه يبطل في غير المردود إذا رد البعض لكونه رديئاً، وقيل[2] يبطل في المردود ففيه وجهان مبنيان على تفريق الصفقة.

قال: (والدراهم والدنانير تتعين بالتعيين في العقد في أظهر الروايتين فلا يجوز إبدالها. وإن وجدها معيبة خُيِّر بين الإمساك والفسخ، ويتخرج أن يمسك ويطالب بالأرش. وإن خرجت مغصوبة بطل العقد، والأخرى لا تتعين فلا يثبت فيها ذلك).

أما كون الدراهم والدنانير تتعين بالتعيين في العقد مثل أن يقول: بعتك هذا الدينار بهذه الدراهم في أظهر الروايتين؛ فلأن ذلك عوض مشار إليه في العقد فوجب أن يتعين كسائر الأعواض.

ولأنه أحد العوضين فتعين بالتعيين كالآخر.

---

(١) في هـ: أما.

(٢) في هـ: قيل.

فعلى هذا لا يجوز إبدالها لأن العقد واقع على عينها فإذا أخذ غير ذلك أخذ ما لم يشتره .

وإن وجدها معيبة خُيِّر بين الإمساك والفسخ كما إذا وجد المبيع معيباً ، ولا أرش له مع الإمساك إن كان العقد وقع على مثله كالدراهم بالدراهم والدنانير بالدنانير لأن أخذ الأرش مفض إلى التفاضل المحرم . وخرّج القاضي وجهاً في جواز أخذه في المجلس وعلله بأن الزيادة طرأت بعد العقد .

قال المصنف في المغني : ليس لهذا الوجه وجه .

وإن وقع العقد على غير مثله كالدراهم والدنانير فله أخذ الأرش في المجلس[1] . ذكره المصنف في المغني و لم يحك فيه خلافاً وعلله بأن أكثر ما فيه حصول زيادة من أحد الطرفين ولا يُمنع ذلك في الجنسين . ثم قال : ولذلك أجزنا أخذ الأرش في المبيع . ثم قال : وإن كان بعد التفرق لم يجز لأنه يفضي إلى حصول التفرق قبل قبض أحد العوضين .

فعلى هذا يجب حمل كلام المصنف هنا على ما إذا كان العقد مشتملاً على الدراهم والدنانير من الطرفين ليطابق ما ذكره في المغني .

وإن خرجت مغصوبة بطل العقد كما لو خرج المبيع مغصوباً .

وأما كونها لا تتعين في رواية ؛ فلأنه يجوز إطلاق ذلك في العقد فلا تتعين كالمكاييل والصنج .

فعلى هذا يجوز إبدالها لأن المقصود يحصل بذلك ، وإن وجدها معيبة لم يخير بين الإمساك والفسخ بل له المطالبة بما لا عيب فيه لأن حقه لم يتعين فيها أشبه ما لو كان الصرف في الذمة ، وإن خرجت مغصوبة لم يبطل العقد وله المطالبة بالبدل لما ذكر قبل .

---

(١) في هـ: الجنس.

قال : (ويحرم الربا بين المسلم والحربي وبين المسلمين في دار الحرب كما يحرم بين المسلمين في دار الإسلام) .

أما كون الربا[1] يحرم بين المسلم والحربي ؛ فلأن الربا إنما حرم لعلة التفاضل المنهي عنه شرعاً وذلك موجود بين المسلم والحربي كما هو بين المسلم والمسلم .

وأما كونه يحرم بين المسلمين في دار الحرب فلعموم قوله سبحانه : {وحرم الربا} [البقرة:٢٧٥] ، وقوله : {الذين يأكلون الربا لا يقومون إلا كما يقوم الذي يتخبطه الشيطان من المس} [البقرة:٢٧٥]، وقوله عليه السلام : « من زاد أو ازداد فقد أربا »[2] .

---

(١) ساقط من هـ.

(٢) سبق تخريجه ص: ٤٨٢.

باب بيع الأصول والثمار

قال المصنف رحمه الله : (ومن باع داراً تناول البيعُ أرضها وبناءها وما يتصل بها لمصلحتها كالسلاليم والرفوف المسمرة والأبواب المنصوبة والخوابي المدفونة والرحا المنصوبة ، ولا يدخل ما هو مودع فيها من الكنز والأحجار المدفونة ، ولا المنفصل منها كالحبل والدلو والبكرة والقفل والفرش ، إلا ما كان من مصالحها كالمفتاح وحجر الرحا الفوقاني فعلى وجهين) .

أما كون بيع الدار يتناول أرضها وبناءها ؛ فلأنهما داخلان في مسمى الدار .

وأما كونه يتناول ما يتصل بالدار لمصلحتها ؛ فلأنه متصل بها لمصلحتها أشبه حيطانها .

وأما قول المصنف رحمه الله : كالسلاليم... إلى قوله : والرحا المنصوبة فتعداد لأشياء متصلة بالدار لمصلحتها .

وأما كون ما هو مودع فيها من الكنز والأحجار المدفونة لا يدخل في بيع الدار ؛ فلأن ذلك مودع فيها للنقل عنها أشبه الفرش والستور .

وأما كون المنفصل الذي لا مصلحة للدار فيه كالحبل والدلو والبكرة والقفل والفرش لا يدخل ؛ فلأن اللفظ لا يشمله ولا هو من مصلحة المبيع . فلم يدخل ؛ كالمودَع فيها .

وأما كون ما فيه مصلحة للدار كالمفتاح وحجر الرحا الفوقاني يدخل على وجهٍ ؛ فلأنه من مصلحة المبيع . أشبه المتصل بها .

وأما كونه لا يدخل على وجهٍ ؛ فلأن لفظ الدار لا يتناوله ولا هو متصل لمصلحتها أشبه الفرش والستور .

قال : (وإن باع أرضاً بحقوقها دخل غراسها وبناؤها في البيع ، وإن لم يقل : بحقوقها فعلى وجهين) .

أما كون الغِراس والبناء يدخلان فيما إذا باع أرضاً بحقوقها ؛ فلأن كل واحد منهما تابع للأرض من كل وجه ويُتَّخَذ للبقاء فيه لأنه ليس لانتهائه مدة معلومة .

وأما كونهما يدخلان أيضاً إذا لم يقل بحقوقها على وجه ؛ فلأنهما من حقوق الأرض بدليل ما لو قال : بحقوقها ، وما كان من حقوقها يدخلُ في الإطلاق كطُرُقها ومنافعها .

وأما كونهما لا يدخلان على وجهٍ ؛ فلأنهما ليسا من الأرض فلا يدخلان في البيع كالثمرة المؤبرة في بيع الشجرة .

ومن نصر الأول قال الثمرة لا تراد للبقاء فليست من حقوقها بخلاف البناء والشجر .

قال : (وإن كان فيها زرع يجز مرة بعد أخرى كالرطبة والبقول ، أو تتكرر ثمرته كالقثاء والباذنجان فالأصول للمشتري والجزة الظاهرة واللقطة الظاهرة من القثاء والباذنجان للبائع إلا أن يشترطه المبتاع) .

أما كون الأصول فيما ذكر للمشتري ؛ فلأن ذلك ركب للبقاء أشبه الشجر .

وأما كون الجزة الظاهرة واللقطة الظاهرة مما ذكر للبائع ما لم يشترطه المشتري ؛ فلأنه يؤخذ ثمرته مع بقاء أصله أشبه ثمرة الشجرة المؤبرة .

وأما كون ذلك للمبتاع إذا اشترطه ؛ فلأنه لو اشترى شجراً عليه ثمر قد أُبِّر واشترطه كان له ؛ لقول النبي ﷺ : « من ابتاعَ نخلاً بعد أن تُؤَبَّرَ فثمرتُها للبائعِ إلا أن يشترطهُ المبتاع »[1] فكذا هاهنا لمشاركته لما ذكر معنى الموجب لمشاركته حكماً .

---

(١) سيأتي تخريجه ص: ٥٠٨.

قال : (وإن كان فيها زرع لا يحصد إلا مرة كالبر والشعير فهو للبائع مبقى إلى الحصاد إلا أن يشترطه المبتاع).

أما كون ذلك للبائع ما لم يشترطه المبتاع ؛ فلأنه نماء ظاهر ، لفصله غاية فلم يدخل في بيع الأرض كالطلع المؤبر .

وأما كونه مبقى إلى الحصاد ؛ فلأن ذلك هو العرف في نقله فحمل عليه كالثمرة تباع بعد بُدُوّ صلاحها .

وأما كونه للمبتاع[1] إذا اشترطه ؛ فلأنه بمنزلة الثمر الذي أُبِّر أصله وقد تقدم دليله .

(١) في هـ : للبائع.

فصل

قال المصنف رحمه الله : (ومن باع نخلاً مؤبراً . وهو : ما تشقق طلعه فالثمر للبائع [متروكاً في رؤوس النخل إلى الجذاذ][1] إلا أن يشترطه المبتاع ، وكذلك الشجر إذا كان فيه ثمر باد كالعنب والتين والتوت والرمان والجوز . وما ظهر من نوره كالمشمش والتفاح والسفرجل واللوز ، وما خرج من أكمامه كالورد والقطن وما قبل ذلك فهو للمشتري . والورق للمشتري بكل حال . ويحتمل في ورق التوت المقصود أخذه أنه إن تفتح فهو للبائع وإن كان حباً فهو للمشتري . وإن ظهر بعض الثمرة فهو للبائع وما لم يظهر فهو للمشتري .

وقال ابن حامد : الكل للبائع) .

أما كون ثمر النخل المؤبر للبائع إذا لم يشترطه المبتاع فلما تقدم من أن رسول الله ﷺ قال : « من ابتاع نخلاً بعد أن تؤبر فثمرتها للذي باعها إلا أن يشترطه المبتاع »[2] رواه الأئمة منهم البخاري وأبو داود .

---

(١) ساقط من هـ.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٢٥٠) ٢: ٨٣٨ كتاب المساقاة، باب الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط أو في نخل.

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٤٣) ٣: ١١٧٣ كتاب البيوع، باب من باع نخلاً عليها ثمر.

وأخرجه أبو داود في سننه (٣٤٣٣) ٣: ٢٦٨ كتاب البيوع، باب في العبد يباع وله مال.

وأخرجه الترمذي في جامعه (١٢٤٤) ٣: ٤٩٢ كتاب البيوع، باب ما جاء في ابتياع النخل بعد التأبير...

وأخرجه النسائي في سننه (٤٦٣٦) ٧: ٢٩٧ كتاب البيوع، العبد يباع ويستثني المشتري ماله.

وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٢١١) ٢: ٧٤٦ كتاب التجارات، باب ما جاء فيمن باع نخلاً مؤبراً أو عبداً له مال.

وأخرجه أحمد في مسنده (٦٣٨٠) ٢: ١٥٠.

وأما كونه يُتْرك في رؤوس النخل إلى الجذاذ ؛ فلأن العرف أن ذلك لا يقطع عند بيعه بل عند استحكام نضجه وصلاحيته للأكل .

وأما قول المصنف رحمه الله : وهو ما تشقق طلعه فتفسير للنخل المؤبر . والتأبير في اللغة : التلقيح ، وقيل : هو ظهور الثمرة من جف الطلع . والأول أكثر وأشهر .

قال المصنف في المغني : إلا أن الحكم متعلق بالظهور دون التلقيح بغير خلاف ، ولذلك فسّره هنا بما تشقق طلعه .

وأما كون الشجر الذي فيه ثمر باد كالعنب والتين والتوت والرمان والجوز كالنخل ؛ فلأن بُدُوّ ذلك من شجره بمنزلة ظهور الرطب من طلعه .

وأما كون ما ظهر من نوره كالمشمش والتفاح والسفرجل واللوز والأجاص والخوخ للبائع وما لم يظهر للمشتري ؛ فلأن ظهوره من ذلك كظهوره من الطلع وعدم ظهوره كعدم ظهوره فيجب أن يعطى حكمه .

وقال القاضي : يحتمل أن يكون للبائع بظهور نوره لأن الطلع إذا تشقق كان كنور الشجر .

والأول أولى لأن الذي في الطلع عين التمر بخلاف النور فإنه يتساقط والثمر غيره .

وأما كون ما يخرج من أكمامه كالورد والياسمين والقطن والبنفسج للبائع ؛ فلأن خروجه من أكمامه كظهور الثمرة من الطلع وما ظهر من الطلع فهو للبائع . فكذلك ما هو في معناه .

وأما كون ما قبل ذلك كله للمشتري ؛ فلأن تقييد ما تقدم ذكره بما ذكر يدل على نفي الحكم عند عدمه .

ولأن ذلك تبع الأصل فوجب أن يكون للمشتري بكل حال كالأصل[1] .

وأما كون الورق الذي لا يقصد أخذه كورق المشمش والجوز وما أشبههما للمشتري بكل حال بلا خلاف في المذهب ؛ فلأنه ليس بثمر ولا يقصد أخذه فكان تابعاً للأصل .

---

(١) في هـ: فوجب أن يكون المشتري كالأصل.

وأما كون ما يقصد أخذه كورق التوت للمشتري على المذهب فبالقياس على سائر الورق .

وأما كونه يحتمل أنه إن تفتح فهو للبائع وإن كان حباً فهو للمشتري ؛ فلأنه بمنزلة الثمر .

وأما كون ما ظهر من الثمرة للبائع وما لم يظهر للمشتري على المذهب ؛ فلأن الحديث المتقدم دل بمنطوقه على أن المؤبر للبائع وما لم يؤبر للمشتري .

وأما كون الكل للبائع على قول ابن حامد ؛ فلأنه إذا لم يحصل الكل للبائع أدى إلى الإضرار باشتراك الأيدي في البستان .

ولأن الباطن يتبع الظاهر كأساسات الحيطان .

قال : (وإن احتاج الزرعُ أو الثمرة إلى سقي لم يلزم المشتري ولم يملك منع البائع منه) .

أما كون المشتري لا يلزمه سقي زرع البائع ولا ثمرته ؛ فلأنه لا يلزمه تسليم ذلك إليه .

فإن قيل : لو كانت الثمرة للمشتري على أصل البائع لزمه السقي فما الفرق؟

قيل : الفرق بينهما أن ثمرة المشتري التي على أصل البائع عليه تسليمها إليه بخلاف ما ذكر . وإلى ذلك وقعت الإشارة في الدليل .

وأما كون المشتري لا يملك منع البائع من السقي ؛ فلأن ذلك مما يبقى به فلزمه تمكينه منه كتركه على الأصول .

وقيد المصنف السقي بالحاجة لأن السقي لغير حاجة يملك المشتري منعه منه لأنه سفه يتضمن التصرف في ملك غيره . وأطلق الحاجة وظاهره أنه لا يملك المنع سواء كان يضر ذلك بالشجر أو لا . وصرح به المصنف في المغني وعلله بأنه دخل في العقد على ذلك لأن العقد اقتضى التبقية .

فصل [في بيع الثمرة قبل بدو صلاحها]

قال المصنف رحمه الله : (ولا يجوز بيع الثمرة قبل بدو صلاحها ، ولا الزرع قبل اشتداد حبه إلا بشرط القطع[1] في الحال ، ولا بيع الرطبة والبقول إلا بشرط جزه ، ولا القثاء ونحوه إلا لقطة لقطة إلا أن يبيع أصله ، والحصاد واللقاط على المشتري فإن باعه مطلقاً أو بشرط التبقية لم يصح) .

أما كون بيع الثمرة قبل بدو صلاحها لا يجوز إذا لم يشترط القطع في الحال فـ « لأن النبي ﷺ نهى عن بيعِ الثمارِ حتى يَبدُو صَلاحَها ، نَهى البائعَ والمشتري »[2] متفق عليه .

والنهي يقتضي الفساد .

وأما كونه يجوز بشرط القطع في الحال ؛ فلأن النهي إنما كان خوفاً من تلف الثمرة وحدوث العاهة عليها قبل أخذها بدليل ما روي « أن النبي ﷺ نَهى عن بيعِ الثمارِ حتى تُزْهِي . قال : أرأيتَ إذا منعَ اللهُ الثمرةَ ، بمَ يأخذُ أحدُكُمْ مالَ أخيه »[3] رواه البخاري .

وهذا مأمون فيما يشترط قطعه فجاز بيعه كما لو بدا صلاحه .

وأما كون بيع الزرع قبل اشتداد حبه لا يجوز إذا لم يشترط القطع فلما روى عمر « أن النبي ﷺ نَهى عن بيعِ السنبلِ حتى يَبْيضَّ ويأمنَ العَاهَة »[1] رواه مسلم .

---

(١) في هـ: جزه القطع.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٠٨٢) ٢: ٧٦٦ كتاب البيوع، باب بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٣٤) ٣: ١١٦٥ كتاب البيوع، باب النهي عن بيع الثمار قبل بدوّ صلاحها بغير شرط القطع.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٠٨٦) ٢: ٧٦٦ كتاب البيوع، باب إذا باع الثمار قبل أن يبدو صلاحها ثم أصابته عاهة فهو من البائع.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٥٥) ٣: ١١٩٠ كتاب المساقاة، باب وضع الجوائح.

وروي عنه « أنه عليه السلام[2] نَهى عن بيعِ الحبِ حتى يَشتد »[3] رواه الترمذي .

وأما كونه يجوز إذا شرط القطع فلزوال معنى النهي بدليل قوله : « ويأمن العاهة »[4] .

وأما كون بيع الرطبة والبقول لا يجوز إلا بشرط جز الظاهر منه ؛ فلأن ما في الأرض مستور مغيب وما يحدث منه معدوم فلم يجز بيعه كبيع ما يحدث من الثمرة .

وأما كون بيع ما ظهر منه يجوز بشرط جزه ؛ فلأنه مبيع معلوم لا جهالة فيه ولا غرر أشبه ما جاز بيعه من غيره .

وأما كون بيع القثاء والباذنجان لا يجوز إلا لقطة لقطة ؛ فلأن الزائد على ذلك ثمر لم يخلق فلم يجز بيعه أشبه ما لو باع ذلك قبل ظهور شيء منه .

وأما كون بيع ذلك لقطة لقطة يجوز ؛ فلأنه مبيع معلوم لا جهالة فيه ولا غرر أشبه ما تقدم .

وأما قول المصنف رحمه الله : إلا أن يبيع أصله فيحتمل أن يعود إلى قوله : ولا بيع الرطبة وما بعده لقربه منه ، ويحتمل أن يعود إلى بيع الثمرة قبل بدو صلاحها وما بعده وهو الظاهر[1] إذ الاستثناء المتعقب جملاً يعود إلى كلها لا سيما إذا طابق الحكم .

⇨

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٥٣٥) ٣: ١١٦٥ كتاب البيوع، باب النهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها بغير شرط القطع.
وأخرجه أبو داود في سننه (٣٣٦٨) ٣:٢٥٢ كتاب البيوع، باب في بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٢٢٧) ٣:٤٩٢ كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها.
وأخرجه النسائي في سننه (٤٥٥١) ٧:٢٧٠ كتاب البيوع، بيع السنبل حتى يبيض.

(٢) في هـ: عليه السلام أنه.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٣٣٧١) ٣:٢٥٣ كتاب البيوع، باب في بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٢٢٨) ٣:٤٩٢ كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٢١٧) ٢:٧٤٧ كتاب التجارات، باب النهي عن بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها.
وأخرجه أحمد في مسنده (١٣٦٣٨) ٣: ٢٥٠.

(٤) سبق تخريجه ص: ٥١٢.

فعلى هذا يجوز بيع الثمرة قبل بدو صلاحها إذا بيعت مع الشجرة لأن النبي ﷺ قال : « من باع نخلاً قبل أن تؤبر فثمرتها للذي باعها إلا أن يشترطه المبتاع »[٢] ، وبيع الزرع قبل اشتداده إذا بيع مع الأرض لأنه بمنزلة الثمر على الشجر . ومثل ذلك بيع الرطبة والبقول لأنه في معناه ، وبيع القثاء والباذنجان مع أصولهما لأن ذلك أصل يتكرر ثمره أشبه الشجر .

وأما كون الحصاد واللقاط على المشتري ؛ فلأن ذلك من مؤونة نقلها أشبه ما لو اشترى طعاماً في دار فإن الأجرة على المشتري . وفارق هذا الكيال في المكيل والوزان في الموزون من حيث إن أجرة ذلك على البائع لأن ذلك من مؤونة تسليم المبيع إلى المشتري وهاهنا حصل التسليم بدون القطع واللقاط بدليل جواز بيعها والتصرف فيها بدون ذلك .

وأما كون بيع ذلك كله مطلقاً وبشرط التبقية لا يصح فلما تقدم من الأدلة الدالة على اشتراط ما تقدم ذكره من بُدُوّ صلاحٍ واشتداد حبٍّ وشرط جز والبيع لقطة لقطة .

قال : (وإن اشترط القطع ثم تركه حتى بدا صلاح الثمرة وطالت الجزة وحدث ثمرة أخرى فلم تتميز ، أو اشترى عرية ليأكلها رطباً فأثمرت بطل البيع . وعنه : لا يبطل ويشتركان في الزيادة . وعنه : يتصدقان بها) .

أما كون البيع فيما ذكر يبطل على المذهب فـ « لأن النبي ﷺ نهى عن بيع الثمرة قبل بُدوّ صلاحها »[٣] . استثني منه ما اشتراه بشرط القطع فقطع بالإجماع فيبقى فيما عداه على مقتضى الدليل .

ولأن التبقية معنى حرم اشتراطها لحق الله تعالى فأبطل العقد تحققها كالنسيئة فيما يحرم فيه النسأ .

⇨

(١) في هـ : هو.

(٢) سبق تخريجه ص: ٥٠٨.

(٣) سبق تخريجه ص: ٥١٢.

وأما كونه لا يبطل على رواية ؛ فلأن أكثر ما فيه اختلاط المبيع بغيره أشبه ما لو اشترى حنطة فانهالت عليها أخرى أو ثوباً فاختلط بثوب آخر .

والأول أصح قاله القاضي ووجهه ما مر .

ولأن القضاء بالصحة يفضي إلى اتخاذ ذلك وسيلة إلى الشراء للقطع ثم يترك وذلك حرام كبيع العينة .

وأما كون المشتري والبائع يشتركان في الزيادة على القول بأن البيع لا يبطل على رواية فلحصولها في ملكيهما لأن ملك المشتري الثمرة وملك البائع الأصل وهما سبب الزيادة .

وقال القاضي : الزيادة للمشتري كالعبد إذا سمن . وحمل قول أحمد على الاستحباب .

وأما كونهما يتصدقان بها على رواية فلاشتباه الأمر فيها .

وطريق العلم بالزيادة ليشتركان فيها أو يتصدقان بها أن ينظر كم المبيع حين الشراء؟ وكم قيمته بعد حدوث ما ذكر؟ وما بينهما يشتركان فيه أو يتصدقان به على ما مضى تقريره . فإن جهلت القيمة وُقِف الأمر حتى يُعلم أو يصطلحا على شيء .

فإن قيل : على القول بأن البيع يبطل .

قيل : الزيادة للبائع مع الأصل لأن النماء تبع لأصله . وعنه : يتصدقان بالزيادة لما ذكر في المشتري .

قال : (وإذا بدى الصلاح في الثمرة واشتد الحب جاز بيعه مطلقاً وبشرط التبقية . وللمشتري تبقيته إلى الحصاد والجذاذ ، ويلزم البائع سقيه إن احتاج إلى ذلك وإن تضرر الأصل) .

أما كون بيع ما ذكر مطلقاً وبشرط التبقية يجوز ؛ فلأن « نهي النبي ﷺ عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها »[1] و « عن بيع الحب حتى يشتد »[2] يدل بمفهومه على

(١) سبق تخريجه ص: ٥١٢.

(٢) سبق تخريجه ص: ٥١٣.

جواز البيع بعد بدو الصلاح وعن بيع الحب قبل اشتداده لأجل خوف التلف وهذا المعنى مفقود هنا .

وأما كون المشتري لذلك له تبقيته إلى الحصاد والجذاذ ؛ فلأن النقل والتحويل يجب اعتباره بالعرف ، والعرف يقضي بالترك إلى الحصاد والجذاذ لأنه حينئذ أوان الانتفاع به .

وأما كون البائع يلزمه سقيه إن احتاج إليه ؛ فلأنه يجب عليه تسليم ذلك كاملاً ولا يكون ذلك إلا بالسقي .

فإن قيل : فلم قلتم إذا باع الأصل وعليه ثمرة للبائع لا يلزم المشتري سقيها؟

قيل : لأن المشتري وإن كان صاحب الأصل إلا أنه لا يلزمه تسليم الثمرة لأن البائع لم يملكها من جهته وإنما بقي ملكه عليها بخلاف مسألتنا .

وصرح المصنف رحمه الله : بأن السقي لازم وإن تضرر الأصل لئلا يتوهم سقوطه عند ذلك . وإنما لم يعتبر ضرر البائع لأنه دخل على ذلك .

قال : (وإن تلفت بجائحة من السماء رجع على البائع . وعنه : إن أتلفت الثلث فصاعداً ضمنه البائع ، وإلا فلا . وإن أتلفه آدمي خُيِّر المشتري بين الفسخ والإمضاء ومطالبة المتلف) .

أما كون المشتري يرجع على البائع بما تلف بجائحة فـ « لأن النبي ﷺ أمرَ بوضعِ الجَوائِحِ »[1] ، وعنه عليه السلام أنه قال : « إن بعت من[2] أخيك ثمراً ثم أصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً . بم تأخذ مال أخيك بغير حق ؟ »[3] رواه مسلم .

وعنه عليه السلام : « من باع ثمراً فأصابته جائحة فلا تأخذ من مال أخيك شيئاً . علام يأخذ أحدكم مال أخيه المسلم »[4] رواه أبو داود وابن ماجة .

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٥٥٤) ٣: ١١٩١ كتاب المساقاة، باب وضع الجوائح.

(٢) ساقط من هـ.

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه (١٥٥٤) ٣: ١١٩٠ كتاب المساقاة، باب وضع الجوائح.

(٤) أخرجه أبو داود في سننه (٣٤٧٠) ٣: ٢٧٦ كتاب البيوع، باب في وضع الجائحة.
وأخرجه النسائي في سننه (٤٥٢٧) ٧: ٢٦٤ كتاب البيوع، وضع الجوائح.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٢١٩) ٢: ٧٤٧ كتاب التجارات، باب بيع الثمار سنين والجائحة.

ولأن التخلية في الشجر ليس بقبض تام فوجب كونه من ضمان البائع كالذي لم يقبض .

ولأن الثمرة في الشجر كالمنافع في الإجارة تؤخذ حالاً فحالاً . ثم لو تلفت المنافع قبل استيفائها كانت من ضمان الآجر فكذا هاهنا .

وأما كونه يرجع من غير فرق بين القليل والكثير على المذهب ؛ فلأن الأحاديث المتقدمة تشملها .

وأما كون الجائحة إن أتلفت الثلث فصاعداً يضمنه البائع فلما تقدم ، وإن أتلفت دون الثلث لم يضمنه على رواية ؛ فلأنه لا بد أن يأكل الطير منها وتنثر الريح وتسقط ولا بد من ضابط فوجب أن يكون الثلث لأن ذلك قد اعتبره الشرع في مواضع منها : الوصية والعطية وتساوي جراح المرأة الرجل .

قال الإمام أحمد : يستعمل الثلث في سبع عشرة مسألة .

ولأن الثلث داخل في حد الكثرة دليله قوله عليه السلام : « الثلث والثلث كثير »[1] . وما دونه داخل في حد القلة لأن ما دونه لو دخل في حد الكثرة لقدّره النبي ﷺ به .

وأما كون الجائحة كل آفة لا صنع للآدمي فيها ؛ فلما روى جابر « أن النبي ﷺ قضى في الجائحة تكون في البرد والجراد والحتف والسيل وفي الريح »[2] . وجه الحجة منه : أن الراوي فسر كلام النبي ﷺ فوجب الرجوع إليه لأنه أعلم بمراده وأفهم لكلامه .

وأما كون المشتري يخير بين الفسخ والإمضاء ومطالبة المتلف فيما إذا أتلف ذلك آدمي ؛ فلأن ذلك شيء أتلفه آدمي قبل تكامل قبضه فثبت للمشتري الخيرة المذكورة أشبه الآدمي إذا أتلف المبيع قبل قبضه .

---

(١) سبق تخريجه ص: ٤٤١.

(٢) لم أقف عليه عن جابر . وقد أخرج أبو داود عن عطاء قال: « الجوائح كل ظاهر مُفسدٍ من مطرٍ أو بردٍ أو جرادٍ أو ريحٍ أو حريقٍ » (٣٤٧١) ٣: ٢٧٧ كتاب البيوع، باب في تفسير الجائحة.
وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٥: ٣٠٦ كتاب البيوع، باب ما جاء في وضع الجائحة.

ولأن المشتري أمكنه الرجوع ببدل المتلف فلا حاجة إلى الرجوع على البائع .

قال : (وصلاح بعض ثمرة الشجرة صلاح لجميعها ، وهل يكون صلاحاً لسائر النوع الذي في البستان؟ على روايتين) .

أما كون صلاح بعض الثمرة صلاحاً لجميع ما في الشجرة ؛ فلأنه لو لم يكن كذلك لأدى بيع ما بدى صلاحه إلى الضرر والمشقة وسوء المشاركة .

وأما كون صلاح نوع صلاحاً لسائر النوع الذي في البستان على رواية فلما ذكر .

وأما كونه لا يكون صلاحاً على رواية ؛ فلأن النبي ﷺ جعل بُدُوّ الصلاح في ثمر النخل أن يحمر أو يصفر ، وفي العنب أن يسودّ[1] ولم يوجد ذلك .

قال : (وبدوّ الصلاح في ثمر النخل أن يحمر أو يصفر ، وفي العنب أن يتموه ، وفي سائر الثمر أن يبدو فيه النضج ويطيب أكله) .

أما كون بدو الصلاح في ثمر النخل أن يحمر أو يصفر فـ « لأن النبي ﷺ نهى أن تباع الثمرة حتى تزهو . قيل : وما تزهو ؟ قال : تحمارّ أو تصفارّ »[2] رواه البخاري .

وأما كون بدو صلاح العنب أن يتموه فـ « لأن النبي ﷺ نَهى عن بيعِ العنبِ حتى يَسْوَد »[3] رواه الترمذي .

---

(١) ر الحديثين التاليين .

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٠٨٥) ٢: ٧٦٦ كتاب البيوع، باب بيع النخل قبل أن يبدو صلاحها.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٥٥) ٣: ١١٩٠ كتاب المساقاة، باب وضع الجوائح. كلاهما من حديث أنس بن مالك رضي الله عنه.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٣٣٧١) ٣: ٢٥٣ كتاب البيوع، باب في بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٢٢٨) ٣: ٥٣٠ كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٢١٧) ٢: ٧٤٧ كتاب التجارات، باب النهي عن بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها.
وأخرجه أحمد في مسنده (١٣٥٩٦) ٣: ٢٥٠.

وأما كون بدو الصلاح في سائر الثمار أن يبدو فيـــه النضج ويطيب أكلـــه ؛ فـــ «لأن النبي ﷺ نَهى عن بيع الثمرِ حتى يَطيب »[1] متفق عليه .

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٠٧٧) ٢: ٧٦٤ كتاب البيوع، باب بيع الثمر على رؤوس النخل بالذهب والفضة.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٣٦) ٣: ١١٧٦ كتاب البيوع، باب النهي عن المحاقلة والمزابنة...

فصل [فيمن باع عبدا وله مال]

قال المصنف رحمه الله : (**ومن باع عبداً له مال فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع ، فإن كان قصده المال اشترط علمه وسائر شروط المبيع ، وإن لم يكن قصده المال لم يشترط ، وإن كانت عليه ثياب فقال أحمد : ما كان للجمال فهو للبائع وما كان للبس المعتاد فهو للمشتري**) .

أما كون مال العبد المبيع لبائعه إلا أن يشترطه المبتاع ؛ فلأن النبي ﷺ قال : « من باع عبداً له مال فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع »[1] رواه مسلم وأبو داود وابن ماجة .

وأما كون العلم بالمال وسائر شروط المبيع يشترط إذا كان قصد المشتري المال ؛ فلأنه مبيع مقصود أشبه ما لو ضم إلى العبد عبداً آخر .

وأما كون ذلك لا يشترط إذا لم يكن قصد المشتري المال ؛ فلأن المال داخل تبعاً فلم يشترط ذلك كأساسات الحيطان .

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٢٥٠) ٢: ٨٣٨ كتاب المساقاة، باب الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط أو في نخل.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٤٣) ٣: ١١٧٣ كتاب البيوع، باب من باع نخلاً عليها ثمر.
وأخرجه أبو داود في سننه (٣٤٣٣) ٣: ٢٦٨ كتاب البيوع، باب في العبد يباع وله مال.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٢٤٤) ٣: ٥٤٦ كتاب البيوع، باب ما جاء في ابتياع النخل بعد التأبير والعبد وله مال.
وأخرجه النسائي في سننه (٤٦٣٦) ٧: ٢٩٧ كتاب البيوع، العبد يباع ويستثني المشتري ماله.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٢١١) ٢: ٧٤٦ كتاب التجارات، باب ما جاء فيمن باع نخلاً مؤبراً أو عبداً له مال.

وأما كون ثياب العادة للمشتري دون ثياب الجمال ؛ فلأن ثياب العادة يتعلق بها مصلحة العبد وحاجته إذ لا غنى له عنها فجرى مجرى مفاتيح الدار بخلاف ثياب الجمال فإنها زائدة على العادة ولم تجر العادة بالمسامحة فيها فجرى مجرى الستور في الدار .

باب السلم

السلم جائز بالكتاب والسنة والإجماع والمعنى : أما الكتاب فقوله تعالى : {يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه} [البقرة:٢٨٢] . روي عن ابن عباس أنه قال : « أشهد أن السلف المضمون إلى أجلٍ مسمى قد أحلهُ اللهُ في كتابهِ وأذنَ فيه ثم قرأ هذه الآية »[١] .

وأما السنة فما روى ابن عباس عن رسول الله ﷺ « أنه قدمَ المدينةَ وهم يُسْلِفُونَ في الثمارِ السنتينِ والثلاث . فقال : من أسلفَ فليسلف في كيلٍ معلومٍ ووزنٍ معلومٍ إلى أجلٍ معلوم »[٢] .

وعن عبدالله بن أبي أوفى وعبدالرحمن بن أبزى أنهما قالا : « كنا نصيب المغانم مع رسول الله ﷺ فكان يأتينا أنباط من أنباط الشام فنسلفهم في الحنطة والشعير والزبيب . فقيل : أكان لهم زرع أم لم يكن ؟ قالا : ما كنا نسألهم عن ذلك »[٣] رواه البخاري .

وأما الإجماع فقال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن السلف جائز .

وأما المعنى ؛ فلأن المثمن في البيع أحد عوضي العقد فجاز أن يثبت في الذمة كالثمن .

ولأن بالناس حاجة إليه لأن أرباب الزرع والثمار يحتاجون إلى النفقة عليها لتكمل فجوز لهم السلم ليرتفقوا أو يرتفق المسلم بالمسلم بالاسترخاص .

---

(١) أخرجه عبدالرزاق في مصنفه (١٤٠٦٤) ٨: ٥ كتاب البيوع، باب لا سلف إلا إلى أجل معلوم.
وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦: ١٩ كتاب البيوع، باب جواز الرهن والحميل في السلف.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢١٢٥) ٢: ٧٨١ كتاب السلم، باب السلم في وزن معلوم.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٦٠٤) ٣: ١٢٢٦ كتاب المساقاة، باب السلم.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٢١٣٦) ٢: ٧٨٤ كتاب السلم، باب السلم إلى أجل معلوم.

قال المصنف رحمه الله : (وهو : نوع من البيع يصح بألفاظه وبلفظ السَّلَم والسَّلَف) .

أما كون السلم نوعاً من البيع ؛ فلأنه بيع إلى أجل فيدخل في البيع لأنه يشمله وغيره .

وأما كونه يصح بألفاظ البيع ؛ فلأنه بيع حقيقة .

وأما كونه يصح بلفظ السلم والسلف ؛ فلأنهما موضوعان للبيع الذي عجل ثمنه وأجل مثمنه .

قال : (ولا يصح إلا بشروط سبعة :

أحدها : أن يكون فيما يمكن ضبط صفاته كالمكيل والموزون والمذروع ، فأما المعدود والمختلف كالحيوان والفواكه والبقول والجلود والرؤوس ونحوها ففيه روايتان) .

أما كون السلم لا يصح إلا بشروط سبعة فلما يأتي ذكره في مواضعها .

وأما كون أحدها : أن يكون السلم فيما يمكن ضبط صفاته ؛ فلأن ما لا يمكن ضبط صفاته يختلف اختلافاً كثيراً وذلك وسيلة إلى المنازعة والمشاقة المطلوب عدمها .

وأما قول المصنف رحمه الله : كالمكيل والموزون والمذروع فإشارة إلى أن ذلك كله مما يمكن ضبط صفاته والمكيل كالحنطة والشعير والزبيب وما أشبه ذلك والموزون كالحديد والرصاص والنحاس وما أشبه ذلك ، والمذروع كالثياب وما أشبه ذلك .

وأما كون السلم في المكيل والموزون مما ذكر وشبهه يصح ؛ فلأن بعضه منصوص عليه والباقي في معناه فيقاس عليه .

ولأن ما ذكر ضبطه ممكن فلم يؤد إلى المنازعة المانعة من الصحة .

وأما كون المعدود المختلف كالحيوان وبقية ما ذكره المصنف رحمه الله يصح السلم فيه في رواية : أما في الحيوان ؛ فلأن أبا رافع قال : « استسلف النبي ﷺ من رجل بَكْراً »[1] رواه مسلم .

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٦٠٠) ٣: ١٢٢٤ كتاب المساقاة، باب من استسلف شيئا فقضى خيراً منه...

وأخرجه أبو داود في سننه (٣٣٤٦) ٣: ٢٤٧ كتاب البيوع، باب في حسن القضاء.

⇦

وعن عبدالله بن عمرو بن العاص قال : « أمرني رسول الله ﷺ أن أبتاع البعير بالبعيرين وبالأبعرة إلى مجيء المصدق »[1] .

ولأن ذلك يثبت في الذمة صداقاً فيثبت في السلم كالثياب .

وأما في بقية ما ذكر ؛ فلأنه يساوي الحيوان معنى فوجب أن يساويه حكماً .

وأما كونه لا يصح في رواية : أما في الحيوان فلما روي عن عمر بن الخطاب أنه قال : « إن من الربا أبواباً لا تخفى ، وإن منها السَّلَم في السن »[2] .

وأما في بقية ما ذكر فلما ذكر قبل .

وظاهر المذهب أن السلم في ذلك يصح قاله المصنف في المغني .

قال : (وفي الأواني المختلفة الرؤوس والأوساط ؛ كالقماقم والأسطال الضيقة الرؤوس ، وما يجمع أخلاطاً متميزة ؛ كالثياب المنسوجة من نوعين وجهان) .

أما كون السلم في المختلفة الرؤوس كما ذكر لا يصح في وجهٍ ؛ فلأن الصفة[3] لا تأتي على ذلك .

وأما كونه يصح في وجه ؛ فلأن التفاوت في ذلك يسير .

وأما كون ما يجمع أخلاطاً متميزة كالثوب المنسوج من قطن وكتان أو إبريسم يصح السلم فيه في وجهٍ ؛ فلأن ضبطه ممكن .

وأما كونه لا يصح في وجهٍ ؛ فلأنه يجمع أخلاطاً أشبه الغالية .

والأول أصح . قاله المصنف في الكافي . ودليله ما تقدم .

والفرق بين ما ذكر وبين الغالية أن ما ذكر يجمع أخلاطاً متميزة بخلاف الغالية .

=

وأخرجه الترمذي في جامعه (١٣١٨) ٣: ٦٠٩ كتاب البيوع، باب ما جاء في استقراض البعير أو الشيء من الحيوان أو السن.

وأخرجه النسائي في سننه (٤٦١٧) ٧: ٢٩١ كتاب البيوع، استسلاف الحيوان واستقراضه.

وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٢٨٥) ٢: ٧٦٧ كتاب التجارات، باب السلم في الحيوان.

(١) سبق تخريجه ص: ٤٩٩.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦: ٢٣ كتاب البيوع، باب من أجاز السلم في الحيوان بسن...

(٣) في هـ: الصفقة.

قال : (ولا يصح فيما لا ينضبط كالجواهر كلها ، والحوامل من الحيوان ، والمغشوش من الأثمان ، وغيرها ، وما يجمع أخلاطاً غير متميزة ؛ كالغالية والند والمعاجين) .

أما كون السلم في الجواهر كاللؤلؤ والزبرجد والياقوت والعقيق ونحوها لا يصح ؛ فلأنها تختلف اختلافاً متبايناً بالصغر والكبر وحسن التدوير وزيادة ضوئها .

وأما كونه في الحوامل من الحيوان لا يصح ؛ فلأن الولد مجهول . وحكى المصنف في الكافي وجهاً في صحة السلم فيها ؛ لأن الحمل لا حكم له مع الأم بدليل البيع .

وأما كونه في المغشوش من الأثمان لا يصح ؛ فلأن غشه يمنع العلم بالقدر المقصود منه فلا يصح السلم فيه لأن فيه غرراً .

وقول المصنف رحمه الله : وغيرها مراده المغشوش من غير الأثمان كاللبن المشوب بالماء والحنطة المخلوطة بالزوان وما أشبههما . ودليل ذلك ما مر في مغشوش الأثمان .

وأما كونه فيما يجمع أخلاطاً غير متميزة كالغالية والند والمعاجين لا يصح ؛ فلأن الصفة لا تأتي على ذلك فلم يصح السلم فيه لعدم ضبطه .

قال المصنف في الكافي : وفي معناه القسي المشتملة على الخشب والقرن والقصب والغزل والتوز .

قال : (ويصح فيما يترك فيه شيء غير مقصود لمصلحته كالجبن والعجين وخل التمر والسكنجبين ونحوها) .

أما كون السلم يصح فيما ذكر فلعدم كون المتروك فيه مقصوداً .

وأما قول المصنف رحمه الله : كالجبن إلى آخره فتمثيل لصور لم يقصد فيها ما ذكر .

فصل [الشرط الثاني]

قال المصنف رحمه الله: (الشرط الثاني: أن يصفه بما يختلف به الثمن ظاهراً؛ فيذكر جنسه ونوعه وقدره وبلده وحداثته وجودته ورداءته. وما لا يختلف به الثمن لا يحتاج إلى ذكره).

أما كون ثاني الشروط[1] المتقدم ذكرها أن يصف المسلم فيه بما يختلف به الثمن ظاهراً؛ فلأن المسلم عوض يثبت في الذمة فلا بد من كونه معلوماً بالوصف كالثمن.

ولأن العلم شرط في البيع وطريقه إما الرؤية أو الصفة، والرؤية ممتنعة في المسلم فيه فيتعين الوصف.

وأما قول المصنف رحمه الله: فيذكر جنسه إلى آخره فتنبيه على الصفات التي يختلف بها الثمن وذكر الجنس والنوع والجود والرداءة مجمع عليه، والبواقي مقاسة عليها لأن ذلك مما يختلف الثمن لأجله فوجب ذكره كالمتفق عليه. وقد يسقط بعض ذكر الأوصاف للعلم به أو لقيام غيره مقامه. وقد يشترط ذكر شيء آخر وسيبين مفصلاً إن شاء الله تعالى.

فعلى هذا يصف التمر بالنوع فيقول: برني أو معقلي، وبالجودة أو بالرداءة فيقول: جيد أو رديء، وبالقد فيقول: كبار الحب أو صغاره وهو المراد بقول المصنف رحمه الله: وقدره لأن القدر بالكيل أو الوزن سيأتي بعد، وبالبلد فيقول: بغدادي أو بصري لأن البغدادي أحلى وأقل بقاء لعذوبة الماء والبصري بخلاف ذلك، وبالحداثة أو القدم فيقول: حديث أو قديم ويصف الرطب بما ذكر إلا الحداثة والقدم.

---

(١) في هـ: أما كون الثاني من الشروط.

ويصف الحنطة بالنوع فيقول : سبيلة أو سلموني ، وبالجودة أو الرداءة فيقول : جيد أو رديء ، وبالبلد فيقول : حوراني أو بلقاوي ، وبالقد فيقول : صغار أو كبار ، وبالحداثة أو القدم فيقول : حديث أو قديم .

ويصف العسل بالبلد فيقول : فيجي أو نحوه . ويجزئ ذلك عن ذكر النوع ، وبالزمان فيقول : خريفي أو ربيعي أو صيفي ، وباللون فيقول : أبيض أو أحمر .

ويصف الحيوان بالذكورة أو الأنوثة وبالسن فيقول : عمره كذا سنة أو غير بالغ أو مميز . وإن كان رقيقاً فيذكر النوع كتركي أو رومي أو زنجي . ولا يحتاج في الجارية إلى ذكر البكارة ولا الثيوبة ولا الجعودة والسبوطة .

ويصف الإبل بالنتاج فيقول : من نتاج بني فلان مكان النوع ، وبالسن فيقول : بنت مخاض أو ابنة لبون ، وباللون فيقول : أحمر أو أورق ، وبالذكورية أو الأنوثية[(١)] فيقول : ذكر أو أنثى وأوصاف الخيل كالإبل والبغال والحمير لا يقصد نتاجها فيقول مكان ذلك نسبتها إلى بلدها ؛ كرومي في البغال ، ومصري في الحمير . والبقر والغنم إن عرف لها نتاج فهي كالإبل ، وإلا فهي كالحمير .

ويصف اللحم بالسن والذكورة أو الأنوثة وبالسمن أو الهزال وبالرعي أو العلف والنوع وموضع اللحم من الحيوان ويزيد في الذكر فحلاً أو خصياً . وفي الصيد لا يحتاج إلى ذكر العلف والخصاء ولكن يذكر الآلة التي يصاد بها من جارحة أو أحبولة . وفي الجارحة يذكر صيد كلب أو فهد أو صقر لأن ذلك يختلف .

قال المصنف في المغني : الذي أراه أنه لا يحتاج إلى ذلك لأن التفاوت فيه يسير .

ويلزم قبول اللحم بعظامه لأنه يُقطع كذلك فهو كالنوى في التمر . ولا يحتاج في لحم الطير إلى ذكر الذكورة والأنوثة إلا أن يختلف بذلك ، ولا إلى ذكر موضع اللحم إلا أن يكون كبيراً يأخذ منه بعضه . ولا يلزمه قبول الرأس والساقين لأنه لا لحم على ذلك .

---

(١) في و: وبالذكورة أو الأنوثة.

ويصف السمك بذكر النوع كدجلي أو أجامي ، والكبر والصغر ، والسمن أو الهزال ، والطري أو الملح ولا يقبل الرأس والذنب ويلزمه ما بينهما . وإن كان كبيراً يؤخذ بعضه ذكر موضع اللحم .

ويوصف السَّمْن بالنوع فيقول : سَمْن ضأن أو معز أو بقر ، وباللون فيقول : أبيض أو أصفر .

قال القاضي : ويذكر المرعى .

ولا يحتاج إلى ذكر حديث أو عتيق لأن إطلاقه يقتضي الحديث . ولا يصح السلم في عتيقه لأنه عيب ولا ينتهي إلى حد ينضبط به .

ويصف الزبد بأوصاف السمن ويزيد زبد يومه أو أمسه .

ويصف اللبن بالنوع والمرعى . ولا يحتاج إلى اللون ولا حلب يومه لأن إطلاقه يقتضي ذلك .

ويصف اللبأ بصفات اللبن .

ويصف الثياب بالنوع فيقول : كتان أو قطن ، وبالبلد فيقول : بغدادي أو مصري ، وبالطول أو العرض ، وبالغلظ أو الدقة ، وبالنعومة أو الخشونة .

ويصف الغزل بذلك ويجعل مكان الطول أو العرض اللون فيقول : أبيض أو أصفر .

ويصف الإبريسم بالبلد واللون والغلظ أو الدقة .

ويصف الصوف بالبلد واللون والطول أو القصر والذكورة أو الأنوثة والزمان خريفي أو ربيعي ؛ فلأن صوف الخريف أنظف وصوف الإناث أنعم والشعر والوبر كالصوف .

ويصف الرصاص والنحاس والحديد بالنوع فيقول في الرصاص : قلعي أو أسرب وبالنعومة أو الخشونة وباللون إن اختلف . ويزيد[1] في الحديد ذكراً أو أنثى لأن الذكر أحد وأمضى .

---

(١) في هـ: وزيد.

واستقصاء ما يُسلم فيه مما لم يذكر مذكور في الكتب الكبار فعلى الطالب تطلبه في مظانه .

قال : (فإن شرط الأجود لم يصح ، وإن شرط الأردأ فعلى وجهين) .

أما كون شرط الأجود لا يصح ؛ فلأن ما من جيد إلا ويحتمل أن يوجد أجود منه فلا ينحصر .

وأما كون شرط الأردأ لا يصح على وجهٍ ؛ فلأنه لا ينحصر .

وأما كونه يصح على وجهٍ ؛ فلأن ما يدفعه إليه إن كان الأردأ فهو المسلم فيه ، وإن لم يكن فهو خير منه فيلزم المسلَم قبوله بخلاف الأجود .

قال : (وإذا جاءه بدون ما وصف أو نوع آخر فله أخذه ولا يلزمه ، وإن جاءه بجنس آخر لم يجز له أخذه ، وإن جاءه بأجود منه من نوعه لزمه قبوله) .

أما كون المسلِم له أخذ دون ما وصف مع اتحاد النوع ؛ فلأن الحق له فإذا رضي بإسقاط حقه من الجودة كان له ذلك .

وأما كونه له أخذ نوع عن نوع آخر مع اتحاد الجنس ؛ فلأن اتحادهما في الجنس يجعلهما كالشيء الواحد ولذلك حرم التفاضل بينهما .

وأما كونه لا يلزمه الأخذ ؛ فلأن الإنسان لا يجبر على إسقاط حقه .

وأما كونه لا يجوز له أخذ جنس عن آخر ؛ فلأن النبي ﷺ قال : « من أسلف في شيء فلا يصرفه إلى غيره »[1] رواه أبو داود .

وأما كونه يلزمه قبول الأجود مع اتحاد النوع ؛ فلأنه أتاه بما تناوله العقد وزاده خيراً .

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٤٦٨) ٣: ٢٧٦ كتاب البيوع، باب السلف لا يحول.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٢٨٣) ٢:٧٦٦ كتاب التجارات، باب السلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم.

قال : (فإن قال : خذه وزدني درهماً لم يجز . وإن جاءه بزيادة في القدر[1] فقال ذلك : صح) .

أما كون المسلم إليه إذا قال : خذه وزدني درهماً لا يجوز ؛ فلأنه أفرد صفة الجودة بالبيع وذلك غير جائز .

ولأن بيع المسلم فيه قبل قبضه غير جائز فبيع صفته أولى .

وأما كونه إذا جاءه بزيادة في القدر فقال ذلك : يصح ؛ فلأن الزيادة هنا يجوز إفرادها بالعقد .

(١) في هـ: العقد.

فصل [الشرط الثالث]

قال المصنف رحمه الله : (الثالث : أن يذكر قدره بالكيل في المكيل والوزن في الموزون والذرع في المذروع . فإن أسلم في المكيل وزناً وفي الموزون كيلاً لم يصح).

أما كون ثالث الشروط[1] المتقدم ذكرها : أن يذكر قدر المسلم فيه بالكيل في المكيل والوزن في الموزون ؛ فلأن النبي ﷺ قال : « من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم »[2] .

وأما كون ذكر الذرع في المذروع كذكر الكيل في المكيل والوزن في الموزون ؛ فلأنه في معناهما .

ولأن ذلك عوض غير مشاهد يثبت في الذمة فاشترط معرفة قدره كالثمن .

وأما كون السلم في المكيل وزناً وفي الموزون كيلاً لا يصح ؛ فلأنه مبيع يشترط معرفة قدره فلم يصح بيعه بغير ما هو مقدر به في الأصل كبيع الربويات بعضها ببعض .

ولأنه قدّر المسلم فيه بغير ما هو مقدر به في الأصل فلم يصح كما لو أسلم في المذروع وزناً .

قال : (ولا بد أن يكون المكيال معلوماً ، فإن شرط مكيلاً لا بعينه أو صنجة بعينها غير معلومة لم يصح) .

أما كون المكيال لا بد وأن يكون معلوماً ؛ فلأنه إذا كان مجهولاً تعذر الاستيفاء به وذلك مخل بالحكمة التي اشترط معرفة الكيل من أجلها .

وأما كون شرط مكيال بعينه أو صنجة بعينها لا يصح ؛ فلأن ذلك قد يهلك فيتعذر معرفة المسلم فيه وذلك منفي لما تقدم ذكره .

---

(١) في هـ : أما كون الثالث من الشروط.

(٢) سبق تخريجه ص: ٥٢٢.

قال : (وفي المعدود المختلف غير الحيوان روايتان : إحداهما يسلم فيه عدداً ، والأخرى وزناً . وقيل : يسلم في الجوز والبيض عدداً وفي الفواكه والبقول وزناً) .

أما كون المعدود المختلف غير الحيوان يسلم فيه عدداً في روايةٍ ؛ فلأنه يُقَدَّر بذلك عند العامة .

وأما كونه يسلم فيه وزناً في روايةٍ ؛ فلأنه يتباين والوزن يضبطه .

وأما كونه يسلم في المعدود المتقارب كالجوز والبيض عدداً ، وفي المتفاوت كالفواكه والبقول وزناً على قولٍ ؛ فلأن التفاوت في المتقارب يسير ولهذا لا تكاد القيمة تتفاوت بين البيضتين والجوزتين بخلاف التفاوت في المتفاوت .

وأما تقييد المصنف رحمه الله المعدود المختلف بكونه غير حيوان ؛ فلأن السلم في الحيوان لا يكون إلا عدداً فلا يجري فيه الخلاف المذكور .

فصل [الشرط الرابع]

قال المصنف رحمه الله : (الرابع : أن يشترط أجلاً معلوماً له وقع في الثمن كالشهر ونحوه ، فإن أسلم حالاً أو إلى أجل قريب كاليوم ونحوه لم يصح إلا أن يسلم في شيء يأخذ منه كل يوم أجزاء معلومة فيصح) .

أما كون رابع الشروط[1] المتقدم ذكرها أن يشترط أجلاً ؛ فلأن النبي ﷺ قال : « من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم »[2] . أمر بالأجل والأمر للوجوب .

ولأنه أَمَرَ بهذه الأمور تبييناً لشروط السلم ومنعاً[3] منه بدونها ولذلك لا يصح إذا انتفى الكيل والوزن .

ولأن السلم إنما جاز رخصة للرفق ولا يحصل ذلك إلا بالأجل فكان من شروطه كالكتابة .

ولأن الحلول يخرجه عن اسمه ومعناه : أما الإسم فإنه يسمى سلماً وسلفاً لتعجّل أحد العوضين وتأخير الآخر ، وأما المعنى فظاهر .

وأما كون الأجل معلوماً فلقوله تعالى : {يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى} [البقرة:٢٨٢] ، وقوله عليه السلام : « إلى أجل معلوم »[4] .

وأما كون الأجل له وقع في الثمن كما ذكر المصنف رحمه الله ؛ فلأن الأجل إنما اعتبر تحقيقاً للرفق ولا يحصل ذلك بما لا وقع له في الثمن .

---

(١) في هـ : أما كون الرابع من الشروط.

(٢) سبق تخريجه ص: ٥٢٢.

(٣) في هـ: ومعناً.

(٤) سبق تخريجه ص: ٥٢٢.

فعلى هذا لا يصح في الحال ولا إلى أجل غير معلوم ولا إلى أجل لا وقع له في الثمن لفوات شرط الصحة .

وأما قول المصنف رحمه الله : إلا أن يسلم في شيء يأخذ منه كل يوم أجزاء فاستثناء لهذه الصورة مما تقدم ذكره لأن السلم في ذلك جائز وإن فات في بعضه الأجل المشترط في غيره لأن العرف جارٍ بذلك والحاجة داعية إلى جوازه . وظاهر كلامه تعميم الجواز في كل شيء يؤخذ أجزاء معلومة .

وقال أبو الخطاب : فإن أسلم في لحم أو خبز يأخذ منه كل يوم أرطالاً معلومة جاز نص عليه . وظاهره الاختصاص بهما دون غيرهما . والعلة المتقدمة تدل عليه إذ العرف والحاجة يدلان على الصحة فيهما دون غيرهما .

قال : (وإن أسلم في جنس إلى أجلين ، أو في جنسين إلى أجل صح) .

أما كون السلم في جنس إلى أجلين يصح ؛ فلأن كل بيع صح إلى أجل صح إلى أجلين وآجال كبيوع الأعيان .

وأما كون السلم في جنسين كالحنطة والشعير والتمر والزبيب إلى أجل يصح ؛ فلأن جمعهما في عقد واحد حال صحيح . فكذلك السلم .

قال : (ولا بد أن يكون الأجل مقدراً بزمن معلوم . فإن أسلم إلى الحصاد أو الجذاذ أو شرط الخيار إليه فعلى روايتين) .

أما كون الأجل لا بد أن يكون مقدراً بزمن معلوم فلما تقدم من قول النبي ﷺ : « فليسلف إلى أجل معلوم »[1] .

وأما كون السلم إلى الحصاد أو الجذاذ لا يصح على روايةٍ فلما روى ابن عباس أنه قال : « لا تبتاعوا إلى الحصاد والدياس » .

ولأن ذلك يختلف ويَقْرُب ويبعد فلا يصلح أن يكون أجلاً كقدوم زيد .

وأما كونه يصح على روايةٍ فـ« لأن ابن عمر كان يبتاع إلى العطاء » .

ولأن الاختلاف في ذلك يسير أشبه غير المختلف فيه .

---

(١) سبق تخريجه ص: ٥٢٢.

وأما كونه إذا شرط الخيار إلى الحصاد أو الجذاذ فيه الخلاف المتقدم فلما مر .

قال : (وإذا جاءه بالسلم قبل مَحِلِّه ولا ضرر في قبضه لزمه قبضه ، وإلا فلا) .

أما كون المسلِم يلزمه قبض ما لا ضرر في قبضه كالحديد والرصاص والنحاس والزيت والعسل وسائر ما لا يختلف قديمه وحديثه إذا جاء به قبل محله ؛ فلأن غرضه حاصل وزيادة تعجيل المنفعة فجرى مجرى زيادة الصفة .

وأما كونه لا يلزمه قبض ما في قبضه ضرر إما لكونه مما يتغير كالفاكهة والأطعمة كلها ، وإما لكون قديمه دون حديثه كالحبوب ونحوها ؛ فلأن له غرضاً في تأخيره بأن يحتاج إلى أكله أو إطعامه في ذلك الوقت . وكذا الحيوان لا يلزم قبضه قبل محله لأنه لا يأمن تلفه ويحتاج إلى نفقة وكذا ما يحتاج في حفظه إلى مؤونة كالقطن ونحوه . وكذا لو كان الوقت مخوفاً يخشى تلف ما يقبضه لأن عليه ضرراً في قبضه و لم يأت محل استحقاقه فجرى مجرى نقصان الصفة فيه .

وفي قول المصنف رحمه الله : قبل مَحِلِّه إشعار بأنه إذا جاء بالمسلَم فيه في محله لزمه قبضه سواء كان في قبضه ضرر أو لم يكن لأنه أتاه بحقه في محله فلزمه قبضه كالمبيع المعين . فإن امتنع من قبضه قيل له إما أن تقبض أو تبرئ . فإن امتنع من أحدهما قبضه الحاكم وبرئت ذمة الدافع لأن الحاكم يقوم مقام الممتنع بولايته إلا أنه لا يملك الإبراء لما فيه من الضرر .

فصل [الشرط الخامس]

قال المصنف رحمه الله : (الخامس : أن يكون المسلَمُ فيه عامَّ الوجود في محله . فإن كان لا يوجد فيه أو لا يوجد إلا نادراً كالسلم في العنب والرطب إلى غير وقته لم يصح . وإن أسلم في ثمرة بستان بعينه أو قرية صغيرة لم يصح) .

أما كون خامس الشروط[١] المتقدم ذكرها أن المسلَم فيه عامُّ الوجود في محله ؛ فلأنه إذا لم يكن كذلك لم يمكن تسليمه فلم يصح كبيع الآبق ، وبل أولى لأن السلم احتمل فيه أنواع من الغرر للحاجة فلا يحتمل فيه غرر آخر لئلا يكثر الغرر فيه .

وأما كون السلم فيما لا يوجد في محله أو لا يوجد إلا نادراً كالسلم في العنب والرطب إلى غير وقته لا يصح ؛ فلأن شرطه أن يكون عام الوجود فيه لما تقدم وذلك مقصود فيما ذكر فلم يصح لانتفاء شرطه .

وأما[٢] كون السلم في ثمرة بستان بعينه أو قرية صغيرة لا يصح ؛ فلأنه لا يؤمن تلفه وانقطاعه أشبه ما لو أسلم في شيء قدره بمكيال بعينه أو صنجة بعينها وقد روي عن النبي ﷺ ((أنه أسلف إليه يهودي في تمر فقال : من تمر حائط بني فلان فقال النبي ﷺ : أما من حائط بني فلان فلا ولكن كيل مسمى إلى أجل مسمى))[٣] رواه الجوزجاني .

---

(١) في هـ : أما كون الخامس من الشروط.

(٢) في هـ : أما.

(٣) أخرجه ابن ماجة في سننه (٢٢٨١) ٢: ٧٦٥ كتاب التجارات، باب السلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم. ولفظه: عن عبدالله بن سلام قال: ((جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال: إن بني فلان أسلموا (لقومٍ من اليهود) وإنهم قد جاعُوا فأخاف أن يَرتدوا. فقال النبي ﷺ:من عنده ؟ فقال رجل من اليهود: عنديً كذا وكذا (لشيء قد سماه) أراه قال: ثلاثمائة دينار بسعر كذا وكذا من حائط بني فلان. فقال رسول الله ﷺ: بسعرِ كذا وكذا إلى أجل كذا وكذا وليس من حائطِ بني فلان)).

قال : (وإن أسلم إلى محل يوجد فيه عاماً فانقطع خُيِّر بين الصبر وبين الفسخ والرجوع برأس ماله أو عوضه إن كان معدوماً في أحد الوجهين ، وفي الآخر ينفسخ بنفس التعذر) .

أما كون المسلم يخير فيما ذكر بين الصبر إلى أن يوجد وبين الفسخ في وجهٍ ؛ فلأن المسلم إليه صار بانقطاع المسلم فيه عاجزاً عن دفعه وذلك يوجب الخيرة المذكورة . دليله ما لو ظهر المشتري معسراً .

وأما كون السلم ينفسخ بنفس التعذر في وجهٍ ؛ فلأن المسلم فيه يجب أن يكون من ثمرة العام بدليل أنه يجب التسليم منها فإذا هلكت انفسخ العقد كما لو باع قفيزاً من صبرة فهلكت .

والصحيح الأول لأن العقد صح وإنما تعذر التسليم أشبه ما لو اشترى عبداً فأبق قبل القبض .

ولأنهما لو تراضيا على دفع المسلم فيه من غير ثمرة ذلك العام جاز وإنما أجبر على دفع ثمرة العام؛ لأنها على صفة ما وقع عليه العقد .

فعلى هذا إذا انفسخ العقد أو فسخه هو يرجع برأس ماله إن كان باقياً أو بمثله إن كان تالفاً وكان مثلياً وبقيمته إن لم يكن مثلياً لأن العقد إذا زال وجب رد الثمن فإن كان باقياً استحق عينه لأنه عين حقه وإن كان تالفاً وكان مثلياً استحق مثله كما لو أتلف مثلياً لآدمي وإن لم يكن مثلياً استحق قيمته كالمتلف .

فصل [الشرط السادس]

قال المصنف رحمه الله : (السادس : أن يقبض رأس مال السلم في مجلس العقد . وهل يشترط كونه معلوم الصفة والقدر كالمسلم فيه؟ على وجهين) .

أما كون سادس الشروط[1] المتقدم ذكرها أن يقبض رأس مال السلم في مجلس العقد ؛ فلأنه عقد معاوضة لا يجوز فيه شرط تأخير العوض المطلق فلا يجوز التفرق فيه قبل القبض كالصرف .

وظاهر كلام المصنف رحمه الله أنه يشترط قبض جميع الثمن . وصرح به الخرقي لأن ما اشترط قبضه في المجلس اشترط قبض كله كالصرف .

وأما كونه يشترط أن يكون معلوم الصفة والقدر على وجهٍ ؛ فلأنه لا يمكن إتمامه في الحال ولا تسليم المعقود عليه ولا يؤمن من انفساخه فوجب معرفة رأس مال السلم صفة وقدراً كالقرض والشركة .

ولأنه لا يؤمن أن يظهر بعض الثمن مستحقاً فينفسخ العقد في قدره فلا يدري كما بقي وكم انفسخ .

فإن قيل : هذا موهوم والموهومات لا تعتبر؟

قيل : التوهم معتبر هاهنا لأن الأصل عدم الجواز وإنما جوز إذا أمن من الغرر و لم يؤمن هاهنا .

وأما كونه لا يشترط على وجهٍ ؛ فلأنه عوض مشاهد فلم يحتج إلى معرفة ما ذكر .

---

(١) في هـ : أما كون السادس من الشروط.

قال : (وإن أسلم ثمناً واحداً في جنسين لم يجز حتى يبين ثمن كل جنس) .

أما كون ما ذكر لا يجوز مع عدم بيان ثمن كل جنس ؛ فلأن ما يقابل كل واحد من الجنسين مجهول فلم يجز كما لو عقد عليه مفرداً بثمن مجهول .

ولأن فيه غرراً لأنه لا يؤمن الفسخ بتعذر أحدهما فلا يعرف ما يرجع به وهذا غرر يؤثر مثله في السلم .

وأما كونه يجوز مع البيان ؛ فلأن المقتضي للمنع ما ذكر من الجهالة والغرر وكلاهما منتف فيما ذكر .

فصل [الشرط السابع]

قال المصنف رحمه الله : (السابع : أن يسلم في الذمة ، فإن أسلم في عين لم يصح . ولا يشترط ذكر مكان الإيفاء إلا أن يكون موضع العقد لا يمكن الوفاء فيه كالبرية فيشترط ذكره ويكون الوفاء في مكان العقد ، فإن شرط الوفاء فيه كان تأكيداً وإن شرطه في غيره صح . وعنه : لا يصح) .

أما كون سابع الشروط[1] المتقدم ذكرها أن يسلم في الذمة ؛ فلأن العين لا يؤمن تلفها فيتعذر تسليمها عند انقضاء الأجل .

ولأنه إذا لم يجز السلم في ثمرة بستان بعينه ؛ فلأن لا يجوز في عين بطريق الأولى .

وأما كون السلم في عين لا يصح ؛ فلأن شرطه أن يكون في الذمة لما تقدم وذلك مفقود في العين .

وأما كون ذكر مكان الإيفاء إذا كان موضع العقد مما يمكن الوفاء فيه كمدينة وقرية ونحوهما لا يشترط ؛ فلأن النبي ﷺ قدم المدينة وهم يسلفون في الثمار فقال : « من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم »[2] ولم يذكر مكان الإيفاء .

ولأنه عقد معاوضة فلا يشترط فيه ذكر مكان الإيفاء كبيوع الأعيان .

وأما كون ذكر مكان الوفاء إذا كان موضع العقد لا يمكن الوفاء فيه كالبرية ونحوها يشترط ؛ فلأن الوفاء في موضع العقد متعذر وليس البعض أولى من البعض فوجب تعيينه بالقول كالمكيل والموزون .

---

(١) في هـ : أما كون السابع من الشروط.

(٢) سبق تخريجه ص: ٥٢٢.

وأما كون الوفاء في مكان العقد في موضع لا يشترط ذكره ؛ فلأنه عقد معاوضة أشبه البيع .

وأما كون شرط الوفاء في مكان العقد تأكيداً ؛ فلأنه شرط ما هو مقتضى العقد فيكون مؤكداً له لأن ذلك يزيل اللبس .

وأما كونه إذا شرطه في مكان غيره يصح على المذهب فقياس على بيوع الأعيان ومكان العقد .

وأما كونه لا يصح على رواية ؛ فلأنه شرط خلاف مقتضى العقد لأن العقد يقتضي إيفاءه في مكانه فلم يصح كما لو شرط أن لا يسلمه .

قال : (ولا يصح بيع المسلَم فيه قبل قبضه ، ولا هبته ، ولا أخذ غيره مكانه ، ولا الحوالة به) .

أما كون بيع ما ذكر لا يصح فـ « لأن النبي ﷺ نهى عن بيع الطعام قبل قبضه »[1] . و « عن ربح ما لم يضمن »[2] .

ولأنه مبيع لم يدخل في ضمانه فلم يصح بيعه قبل قبضه كالطعام قبل قبضه .

ويدخل في قول المصنف رحمه الله : ولا يصح بيع المسلَم فيه الشركة فيه والتولية فيه لأنهما بيع في الحقيقة لأن الشركة بيع لبعضه بقسطه من الثمن والتولية بيع لجميعه بجميع الثمن .

وأما كون هبته لا تصح ؛ فلأنها نقل للملك قبل قبضه فلم يصح كالبيع .

وأما كون أخذ غيره مكانه لا يصح ؛ فلأن النبي ﷺ قال : « من أسلف في شيء فلا يصرفه إلى غيره »[3] . رواه ابن ماجة .

ولأن أخذ العوض عن المسلم فيه بيع له فلم يصح كبيعه من غيره .

وأما كون الحوالة لا تصح ؛ فلأن الحوالة إنما تصح على دين مستقر والسلم بعرضية الفسخ .

---

(١) سبق تخريجه ص: ٤٧٥.

(٢) سبق تخريجه ص: ٤٧٦.

(٣) سبق تخريجه ص: ٥٢٩.

ولأنه نقل للملك في المسلم فيه على غير وجه الفسخ فلم يصح كالبيع .

قال المصنف رحمه الله في المغني : ومعنى الحوالة به : أن يكون لرجل طعام من سلم وعليه مثل ذلك الطعام من قرض أو سلم آخر فيحيل بما عليه من الطعام على الذي له عنده السلم .

وإن أحال المسلم إليه المسلم بالذي عليه لم يصح أيضاً[1].

قال : (ويجوز بيع الدين المستقر لمن هو في ذمته بشرط أن يقبض عوضه في المجلس ، ولا يجوز لغيره) .

أما كون بيع الدين المستقر لمن هو في ذمته يجوز ؛ فلأن ابن عمر قال : « كنت أبيع الإبل بالبقيع فأبيع بالدنانير وآخذ الدراهم وأبيع بالدراهم وآخذ الدنانير آخذ هذه من هذه وهذه من هذه فأتيت رسول الله ﷺ وهو في بيت حفصة . فقلت : رويدك أسألك . إني أبيع الإبل بالبقيع فأبيع بالدنانير وآخذ الدراهم وأبيع بالدراهم وآخذ الدنانير آخذ هذه من هذه وأعطي هذه من هذه . فقال رسول الله ﷺ : لا بأس أن تأخذها بسعر يومها ما لم تتفرقا وليس بينكما شيء »[2] رواه أبو داود والترمذي .

وأما قول المصنف رحمه الله : بشرط أن يقبض عوضه في المجلس فتنبيه على اشتراط قبض العوض في المجلس . والأصل فيه ما تقدم من الحديث .

ولأنه إذا لم يقبض صار بيع دين بدين وذلك لا يجوز لما تقدم .

---

(١) في هـ: وإن أحال المسلم إليه بالذي عليه أيضا لم يصح .

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٣٣٥٤) ٣: ٢٥٠ كتاب البيوع، باب في اقتضاء الذهب من الورق.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٢٤٢) ٣: ٥٤٤ كتاب البيوع، باب ما جاء في الصرف.
وأخرجه النسائي في سننه (٤٥٨٢) ٧: ٢٨١ كتاب البيوع، بيع الفضة بالذهب وبيع الذهب بالفضة.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٦٢٦) ٢: ٧٦٠ كتاب البيوع، باب اقتضاء الذهب من الورق والورق من الذهب.
وأخرجه أحمد في مسنده (٥٥٥٥) ٢: ٨٣.

وفي قوله : المستقر إشعار بأنه لا يجوز بيع غير المستقر لمن هو في ذمته كالسلم ونحوه وقد صرح به في المغني . ودليله ما مر من قوله عليه السلام : « من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره »[1] .

وأما كون بيعه لغير من هو في ذمته لا يجوز ؛ فلأنه غير قادر على تسليمه أشبه بيع الآبق .

قال : (وتجوز الإقالة في السلم ، وتجوز في بعضه في إحدى الروايتين إذا قبض رأس مال السلم أو عوضه في مجلس الإقالة ، وإن انفسخ العقد بإقالة أو غيرها لم يجز أن يأخذ عن الثمن عوضاً من غير جنسه) .

أما كون الإقالة في السلم تجوز ؛ فلأنها فسخ على الصحيح ورفع للعقد من أصله .

وأما كونها تجوز في البعض في رواية ؛ فلأن الإقالة مندوب إليها . وكل مندوب إليه جاز في الجميع جاز في البعض كالإبراء .

وأما كونها لا تجوز فيه في رواية ؛ فلأن السلَم يقل فيه الثمن من أجل التأجيل فإذا فسخ في البعض بقي البعض بالباقي من الثمن وبمنفعة الجزء الذي فسخ فيه فلم يجز كما لو شرطه في ابتداء العقد .

وقول المصنف رحمه الله : إذا قبض رأس مال السلم أو عوضه في مجلس الإقالة مشعر بأنه لا تجوز الإقالة في البعض إذا لم يوجد قبض أحد الأمرين وهو صحيح صرح به أصحابنا .

ووجهه : أنه إذا لم يقبض أحد الأمرين يصير ذلك القدر ديناً على المسلم إليه وعليه بقدر السلم فيصير ذلك بمعنى البيع والسلف وهو منهي عنه .

وأما أخذ العوض عن ثمن ما انفسخ بإقالة أو غيرها من غير جنسه لا يجوز فلما تقدم من قول النبي ﷺ : « من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره »[2] .

ولأن ما ذكر رأس مال السلم فلم يجز أخذ العوض عنه كالمسلم فيه .

---

(١) سبق تخريجه ص: ٥٢٩.

(٢) سبق تخريجه ص: ٥٢٩.

وقول المصنف رحمه الله : من غير جنسه فيه إشعار بأنه يجوز له الأخذ من جنسه لأنه إذا جاز له أخذ النوع عن النوع في السلم بشرط اتحاد الجنس ؛ فلأن يجوز أخذ النوع عن نوع آخر برأس مال السلم بطريق الأولى .

قال : (وإن كان لرجل سَلَم وعليه سَلَم من جنسه فقال لغريمه : اقبض سلمي لنفسك ففعل لم يصح قبضه لنفسه ، وهل يقع قبضه للآمر؟ على وجهين . وإن قال : اقبضه لي ثم اقبضه لنفسك صح . وإن قال : أنا أقبضه لنفسي وخذه بالكيل الذي تشاهده فهل يجوز؟ على روايتين . وإن اكتاله ثم تركه في المكيال وسلمه إلى غريمه فقبضه صح القبض لهما) .

أما كون المسلِم لا يصح قبضه لنفسه فيما إذا قال له المسلم إليه : اقبض سلمي لنفسك ؛ فلأنه لا يجوز قبضه لنفسه قبل قبض مالكه له .

وأما كون القبض يقع للآمر على وجه ؛ فلأنه أذن له في القبض أشبه قبض وكيله .

وأما كونه لا يقع له على وجه ؛ فلأنه لم يجعله نائباً عنه في القبض فلا يقع له بخلاف الوكيل . فعلى الأول يكون ملكاً للمسلم إليه لأنه إنما يزول ملكه عنه بقبض المسلم أو نائبه و لم يوجد .

وأما كون قبض المسلِم لنفسه يصح فيما إذا قال : اقبضه لي ثم اقبضه لنفسك ؛ فلأنه وكله في قبضه فإذا قبضه لموكله وجب أن يصح لوجود الإذن وعدم المفسد وإذا صح أن يقبضه لموكله صح أن يقبضه لنفسه بعد ذلك كما لو كان له وديعة عند من له عليه دين فقال المدين له : اقبض حقك مما لي عندك .

وأما كونه إذا قال : أنا أقبضه لنفسي وخذه بالكيل الذي تشاهده يجوز على رواية ؛ فلأنه قد شاهد كيله وعلمه فلا معنى لاعتبار كيله مرة ثانية .

وأما كونه لا يجوز على رواية فـ « لأن النبي ﷺ نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان »[1] . وهذا داخل فيه .

ولأنه قبضه بغير كيل أشبه ما لو قبضه جزافاً .

---

(١) سبق تخريجه ص: ٤٧٨.

وأما كون القبض يصح لكل واحد من المدين ورب المال إذا اكتاله ثم تركه في المكيال وسلمه إلى غريمه فقبضه ؛ فلأن الأول قد اكتاله حقيقة والثاني حصل له استمرار الكيل واستمرار الكيل كيل كما أن استدامة اللبس والركوب لبس وركوب .

قال : (وإن قبض المسلم فيه جزافاً فالقول قوله في قدره ، وإن قبضه كيلاً أو وزناً ثم ادعى غلطاً لم يقبل قوله في أحد الوجهين) .

أما كون القول قول القابض في قدر المسلم فيه المقبوض جزافاً ؛ فلأنه منكر ، والقول قول المنكر .

وأما كونه لا يقبل قوله إذا قبضه كيلاً أو وزناً ثم ادعى غلطاً في وجهٍ ؛ فلأنه ادعى خلاف الظاهر فلم يقبل قوله .

وأما كونه يقبل في وجهٍ ؛ فلأن الأصل أنه لم يقبض غير ما ثبت بإقراره .

قال : (وهل يجوز الرهن والكفيل بالمسلم فيه؟ على روايتين) .

أما كون الرهن بالمسلم[1] فيه يجوز على روايةٍ ؛ فلأن الله تعالى قال : {يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه –إلى قوله– : فرهان مقبوضة} [البقرة: ٢٨٢] . وجه الحجة منه : أن ابن عباس وابن عمر قالا : المراد به السَّلَم .

ولأن اللفظ عام فيدخل فيه السلم .

ولأنه أحد نوعي البيع فجاز أخذ الرهن بما في الذمة منه كبيوع الأعيان؟

وأما كونه لا يجوز على رواية ؛ فلأن الرهن إن أُخذ برأس مال السلم فهو آخذ للرهن بما ليس بواجب ولا مآله إلى الوجوب ، وإن أُخذ بالمسلم فيه فالرهن إنما يجوز بشيء يمكن استيفاؤه من ثمن الرهن والمسلم فيه لا يمكن استيفاؤه من ثمن الرهن .

ولأنه لا يؤمن هلاك الرهن في يده بعدوان فيصير مستوفياً لحقه من غير المسلم فيه وقد قال النبي ﷺ : « من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره »[2] رواه أبو داود .

---

(١) في هـ : المسلم.

(٢) سبق تخريجه ص: ٥٢٩.

وأما كون الكفالة بالمسلم فيه تجوز على روايةٍ ولا تجوز على روايةٍ ؛ فلأنها وثيقة أشبهت الرهن .

باب القرض

القرض جائز بالسنة والإجماع : أما السنة فما روى أبو رافع « أن النبي ﷺ استسلف من رجل بكراً »[1] .

وعن ابن مسعود قال : قال رسول الله ﷺ : « رأيتُ ليلة أسريَ بِي على بابِ الجنة مكتوباً : الصدقةُ بعشرِ أمثالها والقرضُ بثمانيةَ عشر . فقلتُ : يا جبريل! ما بالُ القرضِ أفضلُ من الصدقة ؟ قال : لأن السائلَ يسألُ وعنده . والمستقرضُ لا يَستقرضُ إلا مِن حاجَة »[2] رواهما ابن ماجة .

وأما الإجماع فأجمع المسلمون في الجملة على جواز القرض .

قال المصنف رحمه الله : (وهو من المرافق المندوب إليها ، ويصح في كل عين يجوز بيعها إلا بني آدم ، والجواهر ونحوها مما لا يصح السلم فيه في أحد الوجهين فيهما) .

أما كون القرض من المرافق التي ندب الشرع إليها فلما تقدم من حديث ابن مسعود ، وروى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال : « من كَشفَ عن مسلمٍ كُربةً من كُربِ الدنيا كَشفَ اللهُ عنه كُربةً من كُربِ يومِ القيامة . واللهُ في عَونِ العبدِ ما دامَ العبدُ في عونِ أخيه »[3] .

(١) سبق تخريجه ص: ٥٢٣.

(٢) أخرجه ابن ماجة في سننه (٢٤٣١) ٢: ٨١٢ كتاب الصدقات، باب القرض.

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه (٢٦٩٩) ٤: ٢٠٧٤ كتاب الذكر والدعاء والتوبة والاستغفار، باب فضل الاجتماع على تلاوة القرآن وعلى الذكر.

وأخرجه أبو داود في سننه (٤٩٤٦) ٤: ٢٨٧ كتاب الأدب، باب في المعونة للمسلم.

وأخرجه الترمذي في جامعه (١٩٣٠) ٤: ٣٢٦ كتاب البر والصلة، باب ما جاء في السترة على المسلم.

قال الترمذي: هذا حديث حسن.

وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٢٥) ١: ٨٢ المقدمة، باب فضل العلماء والحث على طلب العلم.

وعن أبي الدرداء أنه قال : ((لأن أُقرض دينارين ثم يُرَدّا ثم أقرضهما أحب إليّ من أن أتصدق بهما))[1] .

وفي قول المصنف : المندوب إليها إشعار بأنه ليس بواجب وهو صحيح لأنه من المعروف أشبه صدقة التطوع .

وأما كون القرض يصح في كل عين يجوز بيعها ما عدا المستثنى ؛ فلأن مقصود القرض حاصل من ذلك لأنه ينتفع به ويتمكن من بيعه .

وأما كون بني آدم لا يصح قرضهم في وجهٍ ؛ فلأنه لم ينقل ولا هو من المرافق .

ولأنه يفضي إلى أن يقترض جارية يطؤها ثم يردها .

وأما كونه يصح في وجهٍ ؛ فلأن السلم فيهم جائز فصح قرضهم كالبهائم .

وأما كون الجواهر ونحوها مما لا يصح السلم فيه لا يصح قرضها ؛ فلأنها لا تنضبط بالصفة ولا يمكن فيها رد المثل ، ومقتضى القرض رد المثل .

وأما كونها يصح قرضها في وجهٍ وهو للقاضي ؛ فلأن ما لا مثل له تجب قيمته والجواهر وشبهها كغيرها في القيمة .

وقول المصنف رحمه الله : في أحد الوجهين متعلق بالمستثنى لا بقوله : مما لا يصح السلم فيه . وقوله : فيهما راجع إلى بني آدم والجواهر ونحوها لأنه لو لم يقل فيهما لتوهم أن الوجهين في الجواهر دون بني آدم .

قال : (ويثبت الملك فيه بالقبض فلا يملك المقرض استرجاعه ، وله طلب بدله ، فإن رده المقترض عليه لزمه قبوله ما لم يتعيب أو يكن فلوساً أو مكسرة فيحرمها السلطان فتكون له القيمة وقت القرض) .

أما كون الملك يثبت في القرض بالقبض ؛ فلأنه عقد تمليك فيثبت الملك فيه بالقبض كالهبة .

وأما كون المقرض لا يملك استرجاعه ؛ فلأنه أزال ملكه بعوض من غير خيار فلم يكن له الرجوع فيه كالبيع .

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٥: ٣٥٣ كتاب البيوع، باب ما جاء في فضل الإقراض.

وأما كونه له طلب بدله ؛ فلأن العوض يثبت في الذمة حالاً فكان له طلبه كسائر الديون الحالة .

وأما كونه يلزمه قبوله إذا رده المقترض بشرطه ؛ فلأنه رده على صفة حقه فلزمه قبوله كما لو أعطاه غيره وكما في عقد السلم . واشترط المصنف رحمه الله في لزوم القبول شرطين :

أحدهما : أن لا يكون قد تعيب كحنطة ابتلت أو عفنت وما أشبه ذلك لأنه لم يدفع ذلك على صفة حقه .

الثاني : أن لا يكون فلوساً أو مكسرة فيحرمها السلطان ؛ لأن ذلك معنى يمتنع إنفاقها ويبطل ماليتها . أشبه كسرها أو تلف أجزائها .

وأما كونه له القيمة وقت القرض ؛ فلأن ذلك حينئذ يثبت في ذمته فوجب اعتبار القيمة به لأنه وقت الوجوب .

قال : (ويجب رد المثل في المكيل والموزون ، والقيمة في الجواهر ونحوها ، وفيما سوى ذلك وجهان) .

أما كون رد المثل في المكيل والموزون يجب فلا خلاف فيه .

ولأن رد المثل أقرب شبهاً بالقرض من القيمة .

وأما كون رد القيمة في الجواهر ونحوها يجب ؛ فلأن ذلك لا مثل له أشبه ما لو أتلفه .

وأما كون رد القيمة فيما سوى ذلك كالحيوان وشبهه يجب في وجهٍ ؛ فلأنه لا مثل له أشبه الجواهر .

وأما كون رد المثل تقريباً يجب في وجه فـ « لأن النبي ﷺ استسلف من رجل بكراً فرد خيراً منه »[1] . وهو مثله تقريباً . وخالف هذا الإتلاف لأن القيمة أخصر ولا مسامحة فيه والقرض أسهل ولهذا جازت النسيئة فيه فيما فيه الربا .

(١) سبق تخريجه ص: ٥٢٣.

قال : (ويثبت العوض في الذمة حالاً وإن أجله ، ويجوز شرط الرهن والضمين فيه ولا يجوز شرط ما يجر نفعاً نحو : أن يسكنه داره أو يقضيه خيراً منه أو في بلد آخر . ويحتمل جواز هذا الشرط) .

أما كون عوض القرض يثبت العوض في الذمة حالاً ؛ فلأنه بدل شيء مقبوض أشبه عوض ثمن المبيع إذا ظهر مستحقاً .

وأما كونه يثبت حالاً وإن أجله ؛ فلأنه حال لما تقدم والحال لا يتأجل بالتأجيل .

وأما كون القرض يجوز شرط الرهن فيه ؛ فلأنه يصح الرهن فيه « لأن النبي ﷺ رهن درعه على شعير اقترضه لأهله »[1] . وما جاز فعله جاز شرطه .

ولأن الرهن إنما يراد للتوثق بالحق وليس ذلك بزيادة .

وأما كونه يجوز شرط الضمين فيه ؛ فلأنه في معنى الرهن .

وأما كونه لا يجوز شرط ما يجر نفعاً ؛ فلأنه يروى عن النبي ﷺ أنه قال : « كل قرض جر منفعة فهو حرام »[2] .

وعن أبي بن كعب وابن عباس وابن مسعود رضي الله عنهم « أنهم نهوا عن قرض جر منفعة » .

ولأنه عقد إرفاق وقربة فإذا شُرط فيه الزيادة أخرجه عن موضوعه .

وأما قول المصنف رحمه الله : نحو أن يسكنه داره أو يقضيه خيراً منه أو في بلد آخر فتمثيل لصور فيها نفع بسبب الشرط .

وقوله : ويحتمل جواز هذا الشرط راجع إلى شرط القضاء في بلد آخر . ولذلك قيده بهذا . وفي ذلك وجهان :

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٣٧٣) ٢: ٨٨٧ كتاب الرهن، باب في الرهن في الحضر.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٢١٥) ٣: ٥١٩ كتاب البيوع، باب ما جاء في الرخصة في الشراء إلى أجل.
وأخرجه النسائي في سننه (٤٦١٠) ٧:٢٨٨ كتاب البيوع، الرهن في الحضر.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٤٣٧) ٢: ٨١٥ كتاب الرهون.

(٢) لم أقف عليه هكذا . وقد أخرج البيهقي في السنن الكبرى عن فضالة بن عبيد صاحب النبي ﷺ أنه قال: « كل قرض جر منفعة فهو وجه من وجوه الربا » . ٥: ٣٥٠ كتاب البيوع، باب كل قرض جر منفعة فهو ربا .

أحدهما : لا يجوز لأن فيه نفعاً في الجملة ولهذا قالوا : يجوز قرض مال اليتيم للمصلحة مثل : أن يقرضه في بلد ليوفيه في بلد آخر فيربح خطر الطريق .

والثاني : يجوز لأنه ليس بزيادة في قدر ولا صفة بل فيه مصلحة لهما فجاز كشرط الرهن .

وفصل المصنف في المغني فقال : إن كان المقرض يحمله مؤنة لم يجز لأنه زيادة ، وإن لم يكن يحمله مؤنة جاز لأنه رفق بهما جميعاً ومصلحة في حقهما من غير ضرر والشرع لا يرد بتحريم المصالح التي لا مضرة منها .

قال : (وإن فعله بغير شرط أو قضاه خيراً منه أو أهدى له هدية بعد الوفاء جاز ؛ « لأن النبي ﷺ استسلف بكراً فرد خيراً منه وقال : خيركم أحسنكم قضاء »[١] . وإن فعله قبل الوفاء لم يجز إلا أن تكون العادة جارية بينهما به قبل القرض) .

أما كون فعل المقترض ما فيه نفع وقضائه خيراً مما اقترض[٢] وهديته بعد الوفاء بغير شرط يجوز فلما ذكر المصنف رحمه الله من أن النبي ﷺ رد خيراً ومدح فاعله .

وأما كون ذلك قبل الوفاء مع عدم العادة لا يجوز فلما روي « أن رجلاً كان له على سَمّاك عشرون درهماً فجعل يهدي له السمك ويقومه حتى بلغ ثلاثة عشر درهماً فسأل ابن عباس فقال : أعطه سبعة دراهم »[٣] رواه الأثرم .

وعن أنس قال : قال رسول الله ﷺ : « إذا أَقرضَ أحدكُم قرضاً فَأهدَى إليه أو حَملهُ على الدابةِ فلا يَركبْهَا ولا يَقبلهُ إلا أن يكونَ جرى بينهُ وبينهُ قبلَ ذلك »[٤] رواه ابن ماجة .

وأما كون ذلك مع العادة يجوز فلما تقدم من حديث أنس .

---

(١) سبق تخريجه ص: ٥٢٣.

(٢) في هـ: أقرض.

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٥: ٣٤٩ كتاب البيوع، باب كل قرض جر منفعة فهو ربا.

(٤) أخرجه ابن ماجة في سننه (٢٤٣٢) ٢: ٨١٣ كتاب الصدقات، باب القرض. قال في الزوائد: في إسناده عتبة بن حميد الضبي، ضعفه أحمد وأبوحاتم وذكره ابن حبان في الثقات ، ويحيى بن أبي إسحاق لا يعرف حاله.

ولأن مع العادة يكون سبب ذلك العادة لا القرض فلا يكون ذلك نفعاً جره القرض .

فإن قيل : قول المصنف رحمه الله : بعد الوفاء بم يتعلق؟

قيل : يحتمل أن يتعلق بأهدى .

فعلى هذا يكون فعل ما يجر نفعاً غير مقيد وذلك يقتضي أن المقترض لو أسكن المقرض داره بغير عوض جاز إذا كان بغير شرط سواء كان ذلك قبل الوفاء أو بعده لأن المقترض فعل ذلك من غير شرط أشبه ما لو لم يكن للمقرض عنده شيء ، ويحتمل أن يتعلق ذلك بقوله : وإن فعله بغير شرط .

فعلى هذا لا يجوز أن يسكنه داره ونحو ذلك قبل الوفاء لأنه يصير القرض قرضاً يجر نفعاً ويجوز بعده لأنه حينئذ لا دين له عليه أشبه من لم يقترض منه بالكلية . وهذا الاحتمال موافق لما في المغني والكافي فإن المصنف صرح بالمنع فيما ذكر قبل الوفاء . والاحتمال الأول ظاهر كلام المصنف هنا ويوافق قول طائفة من الأصحاب .

قال صاحب الهداية فيها : ولا يجوز كل شرط يجر منفعة مثل : أن يقرضه على أن يسكنه داره أو يعطيه أجود مما أخذ أو يكتب له به سفتجة إلى بلد آخر فإن بدأه المقترض بفعل ذلك من غير شرط جاز . ويؤيد هذا الاحتمال أن بعد الوفاء إذا لم يختص بالهدية يجب أن يكون طرفاً لما قبله من المسائل وذلك لا يصح في قوله : أو قضاه خيراً منه لأن القضاء يستحيل أن يكون بعد الوفاء لأن القضاء نفس الوفاء والشيء يستحيل أن يكون بعد نفسه .

فعلى هذا كل نفع يوجد بعد الوفاء يجوز لما تقدم وكل نفع يوجد قبله ينظر فيه فإن لم يكن بينهما عادة به : فعلى الاحتمال الأول وما نقله الأصحاب يجوز ما لم يكن هدية ، وعلى الاحتمال الثاني وما نقله المصنف في المغني والكافي لا يجوز وهو أظهر دليلاً من حيث الأثر والمعنى : أما الأثر فعموم قوله عليه السلام : « كل قرض جر منفعة حرام »[1] ، ونهي الصحابة المتقدم ذكرهم عن قرض جر منفعة[2] .

---

(١) سبق تخريجه ص: ٥٥٠.

(٢) ر ص: ٥٥٠.

وأما المعنى فهو أن الأصحاب اتفقوا على المنع من الهدية قبل الوفاء . ولا فرق بينها وبين سكنى الدار ونحو ذلك .

فإن قيل : لو وجد ذلك حالة الوفاء؟

قيل : ينظر فيه فإن كان النفع صفة في الوفاء مثل : أن يقضيه خيراً منه جاز لما تقدم . وإن كان زيادة في القضاء مثل : أن يقرضه درهماً فيعطيه أكثر منه لم يجز لأنه ربا .

وقال المصنف في المغني والكافي : تجوز الزيادة في الصفة والقدر لما تقدم من الحديث وحكى أبو الخطاب من غير تقييد روايتين .

قال : (وإن أقرضه أثماناً فطالبه بها ببلد آخر لزمته ، وإن أقرضه غيرها لم تلزمه . فإن طالبه بالقيمة لزمه أداؤها) .

أما كون المقترض تلزمه الأثمان فيما ذكر ؛ فلأنه أمكنه قضاء الحق من غير ضرر فلزمه كما لو طالبه في بلد القرض .

وأما كونه لا يلزمه غير الأثمان كالحنطة والشعير وغير ذلك مما لنقله مؤونة ؛ فلأن عليه مؤونة في حمله[1] .

وأما كونه يلزمه أداء القيمة ؛ فلأنه إذا تعذر رد المثل تعينت القيمة .

---

(١) في هـــ : تحمله.

باب الرهن

الرهن في اللغة : الثبوت . يقال : ماء راهن أي راكد ، ونعمة راهنة أي ثابتة دائمة . قال الشاعر :

وفارقتك برهن لا فكاك له يوم الوداع فأضحى الرهن قد غلقا

وفي الشرع : المال الذي يجعل وثيقة بالدين ليستوفى منه إن تعذر استيفاؤه ممن هو عليه .

وهو جائز بالكتاب والسنة والإجماع : أما الكتاب فقوله تعالى : {وإن كنتم على سفر و لم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة} [البقرة:٢٨٣].

وأما السنة فما روت عائشة رضي الله عنها « أن النبي ﷺ اشترى من يهودي طعاماً ورهنه درعه »(١) متفق عليه .

وروى أبو هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : « الظهرُ يُركَبُ بنفقتهِ إذا كانَ مَرهوناً ، وعلى الذي يَركبُ ويشربُ النفقة »(٢) رواه البخاري .

وعنه أن رسول الله ﷺ قال : « لا يَغْلَقُ الرهن »(٣) رواه ابن ماجة .

وأما الإجماع فأجمع المسلمون على جواز الرهن في الجملة .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٣٧٨) ٢: ٨٨٨ كتاب الرهن، باب الرهن عند اليهود وغيرهم.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٦٠٣) ٣: ١٢٢٦ كتاب المساقاة، باب الرهن وجوازه في الحضر والسفر.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٣٧٧) ٢: ٨٨٨ كتاب الرهن، باب الرهن مركوب ومحلوب.

(٣) أخرجه ابن ماجة في سننه (٢٤٤١) ٢: ٨١٦ كتاب الرهون، باب لا يغلق الرهن. قال في الزوائد: في إسناده محمد بن حميد الرازي ، وإن وثقه ابن معين في الرواية فقد ضعفه في أخرى . وضعفه أحمد والنسائي والجوزجاني . وقال ابن حبان: يروي عن الثقات المقلوبات . وقال ابن معين: كذاب.

قال المصنف رحمه الله : (وهو وثيقة بالحق لازم في حق الراهن جائز في حق المرتهن يجوز عقده مع الحق وبعده ولا يجوز قبله إلا عند أبي الخطاب) .

أما كون الرهن وثيقة بالحق ؛ فلأن الحق يستوفى منه عند تعذر الوفاء من المدين .

وأما كونه لازماً في حق الراهن ؛ فلأن الحظ في الرهن لغيره فلزم من جهته كالضمان في حق الضامن .

ولأنه وثيقة أشبه الضمان .

وأما كونه جائزاً في حق المرتهن ؛ فلأن الحظ فيه له وحده فكان له فسخه كالمضمون له .

وأما كونه جائزاً مع الحق مثل أن يقول : بعتك ثوبي هذا بعشرة إلى شهر ترهنني بها عبدك فلاناً فيقول : اشتريت منك ورهنتك عبدي ؛ فلأن الحاجة داعية إلى جوازه لأنه لو لم يجز مع ثبوت الحق كان من عليه الحق بالخيار بين أن يرهن وبين أن لا يرهن .

وأما كونه جائزاً بعد الحق فبالإجماع .

ولأنه دين ثابت تدعو الحاجة إلى أخذ الوثيقة به .

ولأن الله قال : {وإن كنتم على سفر و لم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة} [البقرة:٢٨٣] جعله بدلاً عن الكتابة فيكون في محلها وكتابة الدين تكون صحيحة بعد وجوبه وفي الآية ما يدل على ذلك وهو قوله تعالى : {إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه} [البقرة:٢٨٢] ذكره بفاء التعقيب .

وأما كونه لا يجوز قبله على المذهب ؛ فلأن الرهن وثيقة بحق فلم يجز قبل ثبوته كالشهادة .

ولأن الرهن بيع فلم يجز أن يتقدم الحق كالثمن لا يتقدم المبيع[1] .

وأما كونه يجوز عند أبي الخطاب ؛ فلأنه وثيقة بحق فجاز قبل الحق كالضمان ، أو فجاز على حق يحدث في المستقبل كضمان الدرك .

فإن قيل : ما صورة المسألة؟

(١) في و: البيع.

قيل : هي أن يدفع إلى رجل ثوباً ويقول : رهنتك هذا على عشرة دراهم تقرضنيها غداً ثم يقرضه الدراهم المذكورة .

قال : (ويصح رهن كل عين يجوز بيعها إلا المكاتب إذا قلنا استدامة القبض شرط لم يجز رهنه) .

أما كون رهن كل عين يجوز بيعها ما خلا المكاتب يصح ؛ فلأن مقصود الرهن الاستيثاق ليتوصل إلى استيفاء الحق من ثمنه عند تعذر الوفاء من الراهن وهو حاصل في رهن كل عين يجوز بيعها .

وأما كون رهن المكاتب إذا قيل استدامة القبض شرط لا يصح ؛ فلأن استدامة القبض تنافي عقد الكتابة لأن المكاتب يحتاج إلى التصرف والتنقل والتسبب في أداء كتابته .

وأما قول المصنف رحمه الله : إذا قلنا استدامة القبض شرط فمشعر بأن في الاستدامة خلافاً وسيأتي ذكر ذلك مفصلاً إن شاء الله تعالى .

قال : (ويجوز رهن ما يسرع إليه الفساد بدين مؤجل ويباع ويجعل ثمنه رهناً) .

أما كون رهن ما يسرع إليه الفساد بدين كالعنب والرطب والبطيخ ؛ فلأنه يجوز بيعه فيحصل مقصود الرهن .

وقول المصنف رحمه الله : بدين مؤجل ليس قيداً في المسألة بل ذكره تنبيها على أن التأجيل لا أثر له في منع صحة ذلك وذلك أنه ربما توهم أن عقد الرهن يقتضي بقاء المرهون إلى استحقاق الاستيفاء فإذا كان الدين مؤجلاً أدت الصحة إلى مخالفة الاقتضاء المذكور وليس كذلك لأن بيع ما ذكر وجعل ثمنه مكانه يقوم مقام العين لأن الثمن بدل العين وبدل الشيء يقوم مقامه .

وأما كونه يباع ؛ فلأن تركه يؤدي إلى تلفه وضياعه وذلك منهي عنه .

و لم يفرق المصنف رحمه الله بين ما يمكن تجفيفه كالعنب والرطب وبين ما لا يمكن تجفيفه كالبطيخ والطبيخ . وصرح في المغني بأن ما يمكن تجفيفه يجب على الراهن أن يجففه لأن ذلك من مؤونة حفظه وتبقيته فكان على الراهن كنفقة الحيوان وأن ما لا

يمكن تخفيفه يباع لما في تركه من ضياع المال وهذا صحيح يجب حمل كلام المصنف عليه .

وأما كونه يجعل ثمن الرهن رهناً ؛ فلأنه بدل عن رهن وحكم البدل حكم المبدل .

قال : (ويجوز رهن المشاع ثم إن رضي الشريك والمرتهن بكونه في يد أحدهما أو غيرهما جاز وإن اختلفا جعله الحاكم في يد أمين أمانة أو بأجرة) .

أما كون رهن المشاع يجوز ؛ فلأنه يجوز بيعه فجاز رهنه كالمفرز .

وأما كونه إذا رضي الشريك والمرتهن بكونه في يد أحدهما أو غيرهما يجوز ؛ فلأن الحق لهما لا يعدوهما .

وأما كون الحاكم يجعل ذلك في يد أمين أمانة أو بأجرة إذا اختلف الشريك والمرتهن ؛ فلأن قبض المرتهن واجب ولا يمكن ذلك منفرداً لكونه مشاعاً فيتعين ما ذكر ؛ لكونه وسيلة إلى القبض الواجب .

قال : (ويجوز رهن المبيع غير المكيل والموزون قبل قبضه إلا على ثمنه في أحد الوجهين) .

أما كون رهن المبيع غير المكيل والموزون قبل قبضه على غير ثمنه يجوز ؛ فلأنه يجوز بيعه قبل قبضه ، وما جاز بيعه جاز رهنه لما تقدم ذكره قبل [1].

وأما كون رهنه قبل قبضه على ثمنه يجوز في وجه ؛ فلأن الثمن صار ديناً في الذمة والمبيع صار ملكاً للمشتري فجاز رهنه بالثمن كغيره من الديون .

وأما كونه لا يجوز في وجه ؛ فلأن المبيع محبوس بالثمن فلا فائدة في صيرورته رهناً .

ولأن بين الرهن والبيع تنافياً لأن حكم الرهن أن يباع في الدين عند التعذر وحكم البيع إيفاء الثمن من غيره .

ولأن البيع يقتضي تسليم المبيع أولاً والرهن يقتضي تسليم الدين أولاً .

وأما كون رهن المكيل والموزون قبل قبضه لا يجوز فمبني على الرواية التي

---

(١) ص: ٥٤٧.

اختارها المصنف رحمه الله وهي أن المنع من بيع المبيع قبل قبضه مختص بالمكيل والموزون وقد تقدم في ذلك أربع روايات(1) :

إحداها : أن المنع مختص بهما .

والثانية : أن ذلك مختص بالمبيع غير المعين كقفيز من صبرة .

فعلى هذه لا يجوز رهن المعين قبل قبضه ويجوز رهن ما عداه على غير ثمنه ، وفي رهنه على ثمنه الخلاف .

والثالثة : أن المنع من البيع مختص بالمطعوم .

فعلى هذه لا يجوز رهن المطعوم قبل قبضه ويجوز رهن ما عداه على غير ثمنه ، وفي رهنه على ثمنه الخلاف .

والرابعة : أن المنع يعم كل مبيع .

فعلى هذه لا يجوز رهن كل مبيع قبل قبضه على غير ثمنه وفي رهنه على ثمنه الخلاف .

قال : (وما لا يجوز بيعه لا يجوز رهنه إلا الثمرة قبل بدو صلاحها من غير شرط القطع في أحد الوجهين) .

أما كون رهن ما لا يجوز بيعه -غير الثمرة قبل بدو صلاحها من غير شرط القطع- كأم الولد والوقف والعين المرهونة لا يجوز ؛ فلأن مقصود الرهن استيفاء الدين من ثمنه وما لا يجوز بيعه لا يمكن ذلك فيه .

وأما كون رهن الثمرة قبل بدو صلاحها من غير شرط القطع لا يجوز في وجهٍ ؛ فلأنه لا يجوز بيعها .

وأما كونه يجوز في وجهٍ وهو الأصح ؛ فلأن الرهن لا يصح قياسه على البيع لأن النهي عن البيع إنما كان لعدم الأمن من العاهة وقد تقدم ما يدل عليه وحكمته أن بتقدير وجودها يفوت مال المشتري مجاناً ولهذا قضى النبي ﷺ بوضع الجوائح وهذا مفقود هنا لأن بتقدير وجود العاهة لا يفوت حق المرتهن من الدين لتعلقه بذمة المدين .

---

(1) ص: ٤٧٥.

ولأن رهن المرتد وما يسرع إليه الفساد يجوز ؛ فلأن يجوز هذا بطريق الأولى .

قال : (ولا يجوز رهن العبد المسلم لكافر إلا عند أبي الخطاب إذا شرطا كونه في يد مسلم) .

أما كون رهن العبد المسلم لكافر مع عدم شرط كونه في يد مسلم لا يجوز ؛ فلأن مقتضى الرهن أن يكون المرهون في يد المرتهن والمرتهن هاهنا ليس أهلاً لذلك .

وأما كون رهنه مع شرط ذلك لا يجوز -قاله القاضي-؛ فلأن القبض واستدامته شرط والكافر لا يكون له يد على مسلم ولذلك أُمِر ببيع عبده إذا أسلم .

وأما كونه يجوز عند أبي الخطاب ؛ فلأنه مال فجاز رهنه عند الكافر كسائر الأموال وما ذكر مندفع بالاشتراط المذكور .

قال : (ولا يلزم الرهن إلا بالقبض واستدامته شرط في اللزوم . فإن أخرجه المرتهن باختياره إلى الراهن زال لزومه . فإن رده إليه عاد اللزوم . ولو رهنه عصيراً فتخمر زال لزومه فإن تخلل عاد لزومه بحكم العقد السابق . وعنه : أن القبض واستدامته في المتعين ليس بشرط ، فمتى امتنع الراهن من تقبيضه أُجبر عليه) .

أما كون رهن غير المتعين لا يلزم بغير القبض ؛ فلأن الله قال : {فرهان مقبوضة} [البقرة:٢٨٣] . وصفه بكونه مقبوضاً .

ولأنه عقد إرفاق يفتقر إلى القبول فافتقر إلى القبض كالقرض .

ولأنه رهن لم يقبض فلم يلزم إقباضه[1] كما لو مات الراهن .

وظاهر كلام المصنف رحمه الله أنه لا فرق بين المكيل والموزون وغيرهما وصرح به في المغني لعموم ما ذكر . وحكي في المغني أيضاً عن بعض الأصحاب[2] أنه قال : المكيل والموزون لا يلزم فيهما إلا بالقبض وفيما عداهما روايتان كالبيع . وهذا القياس ليس بصحيح لأنه يوهم أن البيع في غير المكيل والموزون لا يلزم في رواية ولا خلاف في لزومه لأن أحد المتبايعين لو أراد فسخه لم يملكه بخلاف الرهن وإنما الخلاف في ضمانه هل هو

---

(١) في هـ: اقتباضه.

(٢) في و: أصحابنا.

على البائع أو على المشتري فإذاً حكم المقيس والمقيس عليه مختلف لأن الكلام في الرهن في اللزوم وفي البيع في الضمان .

وأما كون رهن المتعين لا يلزم إلا بالقبض على المذهب فكغيره .

وأما كونه يلزم بمجرد العقد على روايةٍ ؛ فلأن تعيينه قائم مقام قبضه ولذلك قام مقام قبضه في البيع في رواية .

وأما كون استدامة القبض شرطاً في اللزوم على المذهب ؛ فلما تقدم من قوله تعالى : {فرهان مقبوضة} [البقرة:٢٨٣].

ولأنها إحدى حالتي الرهن. فكان القبض فيها شرطاً؛ كالابتداء .

ولأن الرهن يراد للوثيقة[1] ليتمكن من بيعه واستيفاء دينه من ثمنه فإذا لم يكن في يده لم يتمكن من بيعه و لم يحصل وثيقة .

فعلى هذه الرواية إن أخرجه المرتهن باختياره زال اللزوم ؛ لأن استدامة القبض شرط في اللزوم وقد زالت. فوجب أن يزول اللزوم لزوال شرطه . وقيد إخراج المرتهن الرهن باختياره احترازاً من خروجه لا باختياره؛ كالغصب والسرقة ونحوهما؛ لأن ذلك لا يزيل اللزوم؛ لأن يد المرتهن ثابتة عليه حكماً فكان حكمه حكم من لم يزل يده. وإن رده عاد اللزوم بحكم العقد السابق. ولا يحتاج إلى تجديد عقد؛ لأن العقد قد وجد، و لم يوجد ما يبطل الصحة. أشبه ما لو تراخى القبض عن العقد .

ولو كان الرهن عصيراً فتخمر زال لزومه أيضاً ؛ لأن تخمير العصير بمنزلة إخراجه من يده في زوال يده؛ لأنه لا يد لمسلم على خمر .

ولأن صيرورته خمراً يخرجه عن صحة العقد ؛ فلأن يخرجه عن اللزوم بطريق الأولى. وإن تخلل عاد لزومه بحكم العقد السابق؛ لأن صيرورته خمراً شارك إخراج الرهن من يد المرتهن في زوال اللزوم فوجب أن يشارك عوده خلاً عود الرهن إلى يد المرتهن في عود اللزوم . ولقائل أن يفرق بين إعادة الراهن الرهن وبين تخلل الخمر؛ لأن العقد مقتض للصحة واستدامة القبض شرط في اللزوم، فإذا زالت الاستدامة بقيت الصحة، فإذا عادت

(١) في هـ: للتوثيقة.

الاستدامة عاد اللزوم مستنداً إلى العقد المقتضي للصحة بخلاف ما إذا تخلل الخمر فإنه لما صار خمراً خرج عن اللزوم وعن الصحة إذْ لا يصح رهن الخمر فارتفع موجب العقد، فإذا تخلل لم يجد اللزوم ما يستند إليه . وقد صرح المصنف رحمه الله ببطلان الرهن بصيرورته خمراً وبأن اللزوم يعود بتخلله، وأورد ما ذكر من الإشكال. وأجاب عنه: بأن العقد إذا وقع صحيحاً ثم حدث بالمعقود معنى أخرجه من حكم العقد، ثم زال ذلك لا يمتنع[1] عود حكم العقد؛ كزوجة الكافر إذا أسلمت فإنه يحرم وطؤها ويخرج عن حكم العقد فإذا أسلم الزوج في العدة عاد حكم العقد . وفي هذا الجواب نظر فإن الزوج إذا أسلم بعد زوجته يحكم ببقاء النكاح لا بعوده . بناء على أن الفرقة تتوقف على انقضاء العدة على الصحيح من المذهب . وعلى رواية وقوع الفرقة باختلاف الدين لا يحكم بعود النكاح؛ لأنه انفسخ فكيف يعود بعد[2] فسخه . ولقائل أن يقول في مسألة التحلل : إن الصحة تبقى مراعاة ؛ كالكافرة إذا أسلمت . إلا أنه يناقض منصوص المصنف في المغني بالبطلان . ويجاب عنه : بأن مقتضى الدليل أن لا يثبت صحة شيء مع ما ينافيها خولف ذلك في إسلام أحد الزوجين؛ لأن جماعة من الصحابة أسلم الأزواج قبل النساء وبالعكس فأقرهم النبي ﷺ على ذلك فيجب أن يبقى فيما عداه على مقتضى الدليل .

قال : (وتصرف الراهن في الرهن لا يصح إلا العتق فإنه ينفذ ويؤخذ منه قيمته رهناً مكانه . وعنه : لا ينفذ عتق المعسر .

وقال القاضي : له تزويج الأمة ويمنع الزوج وطئها ومهرها رهن معها . والأول أصح) .

أما كون تصرف الراهن في الرهن بغير العتق والتزويج كالبيع والهبة والإجارة والوقف والرهن لا يصح ؛ فلأنه تصرف يبطل حق الوثيقة ، وليس بمبني على السراية والتغليب فلم يصح كما لو فسخ عقد الرهن .

(١) في هـــ: يمنع.
(٢) ساقط من هـــ .

وأما كون تصرف الموسر بالعتق ينفذ ؛ فلأنه إعتاق من مالك جائز التصرف تام الملك فنفذ كعتق المستأجر .

ولأن الرهن عين محبوسة لاستيفاء الحق فنفذ فيها عتق المالك كالمبيع في يد البائع .

ولأن العتق مبني على السراية والتغليب وينفذ في ملك الغير ؛ فلأن ينفذ في ملكه بطريق الأولى .

فعلى هذا يجب عليه قيمته لأنه أبطل حق المرتهن من الوثيقة فوجبت عليه قيمته كما لو أتلفه ويؤخذ منه فيجعل رهناً لأنها نائبة عن العين أو بدل عنها .

وأما كون تصرف المعسر بالعتق ينفذ على المذهب فلما ذكر في الموسر .

فعلى هذا تبقى القيمة[1] في ذمته كما إذا أتلف شيئاً من مال غيره .

فإن قيل : فأيّ فائدة في بقاء القيمة في ذمته والدين ثابت فيها ؟

قيل : فائدته أنه إذا أيسر قبل حلول الدين ملك المرتهن مطالبته بالقيمة ليكون رهناً .

وتعتبر القيمة حال الإعتاق لأنها حال الإتلاف .

وأما كونه لا ينفذ عتق المعسر على رواية ؛ فلأن نفوذ عتقه يسقط الوثيقةَ وبدلَها فلم ينفذ لما فيه من الإضرار بالمرتهن ، وكما لو أعتق شِرْكاً له في عبد وهو معسر . وذكر أبو الخطاب هذه الرواية في الهداية احتمالاً . وذكرها المصنف رحمه الله في المغني عن أبي الخطاب تخريجاً .

وأما تصرفه في التزويج فقال القاضي وجماعة من أصحابنا : إذا زوج الأمة المرهونة صح؛ لأن محل عقد النكاح غير محل عقد الرهن بدليل صحة رهن الأمة المزوجة .

ولأن الرهن لا يزيل الملك فلم يمنع التزويج كالإجارة .

فعلى هذا يكون المهر رهناً معها لأنه من نماء الرهن فكان رهناً لما يأتي إن شاء الله تعالى . ويمنع الزوج وطئها لئلا تحبل فتنقص قيمتها وربما تلفت بسبب الحمل . واختار أبو الخطاب أن التزويج لا يصح لأنه تصرف ينقص قيمتها ويشغل بعض منافعها فلم

---

(١) في و: قيمته.

يملكه الراهن بغير رضى المرتهن كالإجارة . وصحح المصنف اختيار أبي الخطاب لما ذكر .

ولأن التزويج يذهب رغبات المشترين فيها فينقص من أجل ذلك ثمنها وليس للراهن ذلك كما لو فسخ عقد الرهن .

قال : (وإن وطئ الجارية فأولدها خرجت من الرهن وأخذت منه قيمتها فجعلت رهناً) .

أما كون الجارية المرهونة تخرج من الرهن بالإيلاد ؛ فلأنها تصير به أم ولد .

وأما كون قيمتها تؤخذ من الواطئ ؛ فلأنه فوت على المرتهن الرهن فوجب أن يؤخذ منه بدله كما لو أتلفه .

وأما كون القيمة تجعل رهناً ؛ فلأنها بدله والبدل يعطى حكم مبدله .

قال : (وإن أذن المرتهن له في بيع الرهن أو هبته ونحو ذلك ففعل صح وبطل الرهن . إلا أن يأذن له في بيعه بشرط أن يجعل ثمنه رهناً أو يعجل له[1] دينه من ثمنه) .

أما كون فعل ما ذكر بإذن المرتهن يصح ؛ فلأن المنع منه كان لحقه فإذا أَذِن زال المنع .

وأما كون الرهن يبطل في غير المستثنى ؛ فلأنه لا يجتمع مع ما ينافيه .

وأما كونه لا يبطل إذا أذن المرتهن في بيعه بشرط أن يجعل ثمنه رهناً أو يعجل له دينه من ثمنه ؛ فلأنه لو شرط ذلك بعد حلول الحق جاز . فكذلك قبله .

قال : (ونماء الرهن وكسبه وأرش الجناية عليه من الرهن ومؤونته على الراهن وكفنه إن مات وأجرة مخزنه إن كان مخزوناً) .

أما كون نماء الرهن وكسبه وأرش الجناية عليه من الرهن ؛ فلأن الرهن عقد وارد على العين فيدخل فيه ما ذكر كالبيع والهبة .

ولأن ما ذكر تبع للأصل فكان رهناً كأساسات الحيطان .

---

(١) ساقط من هـ .

وأما كون مؤونته وكفنه وأجرة مخزنه على الراهن ؛ فلأن النبي ﷺ قال : « الرهن من راهنه له غنمه وعليه غرمه » وجميع ما ذكر من غرمه .

ولأن الرهن ملك الراهن فكان عليه جميع ما ذكر كغير المرتهن .

قال : (وهو أمانة في يد المرتهن إن تلف بغير تعد منه فلا شيء عليه ولا يسقط بهلاكه شيء من دينه . وإن تلف بعضه فباقيه رهن بجميع الدين) .

أما كون الرهن أمانة في يد المرتهن ؛ فلأن النبي ﷺ قال في الرهن : « لصاحبه غنمه وعليه غرمه »[1] .

ولأن الرهن لو ضمن لامتنع الناس من فعله خوفاً من الضمان وذلك وسيلة إلى تعطيل القروض والمداينات غالباً وفي ذلك ضرر عظيم والضرر منفي[2] شرعاً .

ولأن الرهن مقبوض بعقد واحد بعضه أمانة فكان كله أمانة كالوديعة .

وأما كونه لا شيء على المرتهن إذا تلف بغير تعد منه ؛ فلأنه أمانة في يده فلم يكن في تلفه شيء كالوديعة .

وأما قول المصنف رحمه الله : إذا تلف بغير تعد منه ففيه إشعار بأنه يضمنه مع التعدي؛ لأن الوديعة إذا تعدى فيها ضمن فكذا هاهنا .

وأما كون شيء من الدين لا يسقط بهلاكه ؛ فلأن النبي ﷺ قال : « لا يَغْلَقُ الرهن لصاحبه غُنمه وعليه غُرمه »[3] رواه الأثرم .

ولأنه مقبوض على وجهِ الأمانة فلم يسقط الحق كالوديعة إذا تلفت في يد من له عند صاحبها دين .

وأما كون باقي الرهن رهناً بجميع الدين ؛ فلأن الدين كله يتعلق بجميع أجزاء الرهن. لما سيأتي إن شاء الله تعالى .

---

(١) أخرجه الدارقطني في سننه (١٢٧) ٣: ٣٢ كتاب البيوع.

(٢) في هـ: منتفي.

(٣) سبق تخريجه ص: ٥٦٤.

قال : (ولا ينفك شيء من الرهن حتى يقضي جميع الدين . وإن رهنه عند رجلين فوفى أحدهما انفك في نصيبه . وإن رهنه رجلان شيئاً فوفاه أحدهما انفك في نصيبه) .

أما كون الرهن لا ينفك شيء منه حتى يقضي جميع الدين ؛ فلأنه عين تعلق به حق فلا ينفك من الرهن بحساب ما قضى كالمكاتب لا يعتق بعضه إذا أدى بعض المكاتبة .

ولأن الأعيان تزيد قيمتها وتنقص باختلاف الأسعار ورغبة الطلاب فلو خرج من الرهن شيء بقدر ما قضي لم يؤمن أن الباقي لا يفي ببقية الحق لنقصان سعره .

وأما كونه ينفك في نصيب من وفى إذا كان الرهن عند رجلين فوفى أحدهما ؛ فلأن عقد الواحد مع الاثنين بمنزلة عقدين فكأنه رهن كل واحد منهما النصف منفرداً .

وقال أبو الخطاب في الهداية : يكون ذلك رهناً عند الآخر حتى يوفيه نظراً إلى أن العقد واحد .

وقال المصنف في المغني : كلام أحمد وأبي الخطاب -يعني في ذلك- محمول على أنه ليس للراهن مقاسمة المرتهن لما عليه فيه من الضرر لا بمعنى أن العين كلها تكون رهناً إذ لا يجوز أن يقال : رهنه نصف العبد فصار جميعه رهناً .

وأما كون ينفك في نصيب من وفى إذا كان الراهن رجلين فوفى أحدهما ؛ فلأن الراهن متعدد فتعلق ما على هذا بنصيبه وما على هذا بنصيبه لأن الرهن لا يتعلق بملك الغير إلا إذا كان مأذوناً في رهنه و لم يوجد ذلك .

قال : (وإذا حل الدين وامتنع الراهن من وفائه فإن كان الراهن أذن للمرتهن أو للعدل في بيعه باعه ووفى الدين وإلا رفع الأمر إلى الحاكم فيجبره على وفاء الدين أو بيع الرهن فإن لم يفعل باعه الحاكم وقضى دينه) .

أما كون المرتهن أو العدل يبيع الرهن إذا حل الدين وامتنع الراهن من وفائه وكان الراهن قد أذن في بيعه ؛ فلأنه مأذون له في ذلك .

وأما كونه يوفي الدين ؛ فلأن ذلك هو المقصود من البيع .

وأما كونه يرفع الأمر إلى الحاكم ليجبره على الوفاء أو بيع الرهن إذا لم يكن الراهن أذن في بيعه ؛ فلأن شأن الحاكم ذلك .

وظاهر كلام المصنف أن الحاكم لا يبيع الرهن بنفسه هنا لأنه قال : يجبره على الوفاء أو بيع الرهن .

وقال في المغني : إن رأى حبسه وتعزيره فعل وإن رأى بيعه بنفسه أو بأمينه فعل .

وأما كون الحاكم يبيع ذلك إذا امتنع الراهن من كل واحد من الأمرين ؛ فلأن ذلك تعين طريقاً إلى أداء الحق الواجب أداؤه .

وأما كونه يقضي دينه؛ فلما تقدم .

فصل

قال المصنف رحمه الله : (وإذا شرط في الرهن جعله على يد عدل صح ، وقام قبضه مقام قبض المرتهن . وإن شرط جعله في يد اثنين لم يكن لأحدهما الانفراد بحفظه) .

أما كون شرط جعل الرهن على يد عدل يصح ؛ فلأنه قبض في عقد فجاز التوكيل فيه كقبض الموهوب .

وأما كون قبض العدل يقوم مقام قبض المرتهن ؛ فلأنه وكيله ، وقبض الوكيل يقوم مقام قبض الموكل .

وأما كون أحد الاثنين لا يكون له الانفراد بحفظ الرهن إذا شرط جعله في يد اثنين ؛ فلأن الراهن لم يرض إلا بحفظهما فلم يجز لأحدهما الانفراد بحفظه كالوصيين .

قال : (وليس للراهن ولا المرتهن إذا لم يتفقا ولا للحاكم نقله عن يد العدل إلا أن تتغير حاله وله رده عليهما ولا يملك رده إلى أحدهما فإن فعل فعليه رده إلى يده فإن لم يفعل ضمن حق الآخر) .

أما كون كل واحد من الراهن والمرتهن ليس له نقل الرهن عن يد العدل إذا لم تتغير حاله ؛ فلأنهما رضيا به ابتداء .

وقول المصنف رحمه الله : إذا لم يتفقا مشعر بأنه مع الاتفاق منهما يجوز نقله . وصرح به في المغني ؛ لأن الحق لهما لا يعدوهما .

وأما كون الحاكم ليس له ذلك ؛ فلأن الراهن إذا لم يملك ذلك وهو صاحب الحق ؛ فلأن لا يملكه الحاكم بطريق الأولى .

وأما كون كل واحد من الراهن والمرتهن له نقل الرهن عن يد العدل إذا تغيرت حاله بفسق أو ضعف عن الحفظ أو عداوة ونحو ذلك ؛ فلأن في مقامه في يده ضرراً على الطالب .

فعلى هذا إن اتفقا على شخص يضعانه عنده جاز لأن الحق لهما وإن اختلفا وضعه الحاكم عند عدل لأن الحاكم شأنه قطع التنازع وذلك طريق إليه .

وأما كون العدل له رده على الراهن والمرتهن ؛ فلأنه أمين متطوع بالحفظ فكان له رده كسائر الأمانات .

وأما كونه لا يملك رده إلى أحدهما ؛ فلأن للآخر حظا في إمساكه في يده . وفي رده إلى أحدهما تضييع له .

وأما كون العدل عليه أن يرده إلى يده ؛ فلأن في ذلك عوداً للحق إلى مستحقه .

وأما كونه يضمن حق الآخر إذا لم يفعل الرد ؛ فلأنه فوّت عليه ما استحقه بعقد الرهن أشبه ما لو أتلفه .

قال : (وإن أذنا له في البيع لم يبع إلا بنقد البلد . فإن كان فيه نقود باع بجنس الدين فإن لم يكن فيها جنس الدين باع بما يرى أنه أصلح) .

أما كون العدل ليس له أن يبيع إلا بنقد البلد إذا أذن له في البيع من غير تعيين ؛ فلأن الحظ في ذلك للرواج فيه .

وأما كونه يبيعه بجنس الدين إذا كان في البلد نقود ؛ فلأنه أقرب إلى وفاء الحق .

وأما كونه يبيعه بما يرى أنه أصلح إذا لم يكن في النقود جنس الدين ؛ فلأن عليه الاحتياط فيما هو متوليه أشبه الحاكم . واعلم أن المصنف قال في المغني : إذا تعددت[1] النقود باع بأغلبها لأنه راجح على غيره . فيجب حمل كلامه هنا على ما إذا كانت النقود متساوية جمعاً بين نقليه[2] في كتابيه .

وقال في المغني أيضاً بدل قوله : باع بما يرى أنه أصلح عين له الحاكم ما يبيعه به . وهو أولى لأنه أعرف بالأحظ وأبعد من التهمة .

قال : (وإن قبض الثمن فتلف في يده فهو من ضمان الراهن . وإن استحق المبيع رجع المشتري على الراهن . وإن ادعى دفع الثمن إلى المرتهن فأنكر ولم يكن قضاه ببينة

---

(١) في هـ: تعدد.

(٢) في و: نقله.

ضمن. وعنه: لا يضمن إلا أن يكون أمر بالإشهاد فلم يفعل. وهكذا الحكم في الوكيل).

أما كون الثمن التالف في يد العدل من ضمان الراهن ؛ فلأنه وكيله في البيع والثمن ملكه وهو أمين له في قبضه أشبه سائر الأمانات .

وأما كون المشتري يرجع على الراهن إذا استحق المبيع ؛ فلأن المبيع له فالرجوع بالعهدة عليه كما لو باع بنفسه . واشترط المصنف رحمه الله في المغني في الرجوع على الراهن دون العدل أن[1] يكون العدل قد أعلم المشتري أنه وكيل ؛ لأنه إذا لم يعلم كان هو البائع ظاهراً فإذا ادعى بعد ذلك أنه وكيل لم يقبل لمخالفته الظاهر وللتهمة .

وأما إذا ادعى العدل دفع الثمن إلى المرتهن فأنكر ولا بينة للعدل عليه فعلى ضربين :

أحدهما : أن يكون أمره بالإشهاد فيضمن لتفريطه ومخالفة أمر موكله .

وثانيهما : أن يطلق و لم يأمره بإشهاد ولا غيره وفيه روايتان :

إحداهما : يضمن ؛ لأنه فرط حيث لم يُشْهِد .

ولأنه إنما أذن له في قضاء مبر و لم يحصل .

والثانية : لا يضمن ؛ لأنه أمينه .

وقيّد المصنف رحمه الله رواية الضمان بعدم البينة بينهما .

على أن القضاء إذا كان ببينة لا يضمن لعدم التفريط . ولا فرق في عدم الضمان بين أن تكون البينة قائمة أو ميتة أو غائبة لما ذكر . ولا بد أيضاً من قيد ثان وهو: أن لا يكون قضاؤه بحضرة الموكل صرح بذلك جماعة من أصحابنا ؛ لأنه لا يعد مفرطاً . واشترط في رواية عدم الضمان: أن لا يكون الموكل أمره بالإشهاد . فلم يفعل يضمن قولاً واحداً ؛ لما تقدم من أنه يعد مخالفاً مفرطاً .

وأما كون حكم الوكيل حكم العدل فيما ذكر ؛ فلأنه في معناه .

---

(١) في هـ: قد.

قال : (وإن شرط أن يبيعه المرتهن أو العدل صح . فإن عزلهما صح عزله . وإن شرط أن لا يبيعه عند الحلول أو إن جاءه بحقه وإلا فالرهن له لم يصح الشرط . وفي صحة الرهن روايتان) .

أما كونه إذا شرط أن يبيع المرتهن أو العدل الرهن يصح ؛ فلأن كل واحد منهما أهل للوكالة أشبه الأجنبي .

ولأن ما صح توكيل غيرهما فيه صح توكيلهما فيه كبيع عين أخرى .

وأما كونه يصح عزلهما ؛ فلأن الوكالة عقد جائز فلم يلزم المقام عليها كسائر الوكالات .

وقال المصنف في المغني : قال ابن أبي موسى : يتوجه أن لا يصح ؛ لأن الوكالة هنا صارت من حقوق الرهن .

والأول المنصوص ؛ لما ذكر . وكونها من حقوق الرهن لا يمنع جوازه كما لو شرطا الرهن في البيع فإنه لا يصير لازماً ؛ كما لو مات الراهن بعد الإذن فإنه تنفسخ الوكالة .

وأما كونه إذا شرط أن لا يبيعه عند الحلول لا يصح ؛ فلأنه شرط ينافي مقتضى عقد الرهن .

وأما كونه إذا شرط إن جاءه بحقه وإلا فالرهن له لا يصح فلقول النبي ﷺ : « لا يَغْلَقُ الرهن »[1] .

قال الأثرم : قلت لأحمد : ما معنى قوله : لا يَغْلَق الرهن؟ قال : لا يدفع رهناً إلى رجل ويقول : إن جئتك بالدراهم إلى كذا وإلا فالرهن لك .

وروي « أن رجلاً رهن داراً بالمدينة إلى شيء مسمى . فمضى الأجل . فقال الذي ارتهن : منزلي فقال النبي ﷺ : لا يَغْلَقُ الرهن » رواه الأثرم .

ولأنه علق البيع على شرط لأنه جعله مبيعاً بشرط أن لا يوفيه الحق في محله والبيع المعلق بشرط لا يصح .

وأما كون الرهن صحيحاً ففيه روايتان مبنيتان على الروايتين في البيع .

(١) سبق تخريجه ص: ٥٥٤.

وقال المصنف رحمه الله في المغني : قال القاضي : يحتمل فساد الرهن بالشرط الفاسد بكل حال لأن العاقد إنما بذل ملكه بهذا الشرط فإذا لم يسلم له أفضى إلى أخذ ماله بغير رضاه . والقياس يقتضي ذلك في البيع لكن ترك فيه للأثر[1] فيبقى فيما عداه على مقتضى القياس .

ولأنه شرط فاسد فأفسد عقد الرهن كما لو وقته . ونصر أبو الخطاب في رؤوس المسائل صحته استدلالاً بقوله عليه السلام : « لا يَغْلَقُ الرهن »[2] . وهو مشروط فيه شرط فاسد و لم يحكم بفساده . [وقيل : ما ينْقص بفساده][3] حق المرتهن[4] يُبْطله وجهاً واحداً ، وما لا ينّقص به فعلى وجهين .

(١) في و: الأثر.
(٢) سبق تخريجه ص: ٥٥٤.
(٣) ساقط من هــ .
(٤) في هــ: الرهن.

فصل

قال المصنف رحمه الله : (إذا اختلفا في قدر الدين أو الرهن أو رده ، أو قال : أقبضتك عصيراً قال : بل[1] خمراً فالقول قول الراهن) .

أما كون القول قول الراهن إذا اختلف هو والمرتهن في قدر الدين فقال المرتهن : لي عليك ألف رهنتني عليها عبدك فلاناً فقال الراهن : بل مائة ، أو في قدر الرهن فقال المرتهن : رهنتني هذا العبد وهذه الجارية فقال الراهن : بل أحدهما ؛ فلأن الراهن منكر والقول قول المنكر .

ولأن القول قوله في أصل العقد . فكذلك في صفته .

وأما كون القول قوله إذا اختلفا في رد الرهن فقال المرتهن : رددته إليك ، وقال الراهن : لم أقبضه فلما ذكر .

ولأن الأصل معه والمرتهن قبض العين لمنفعته فلم يقبل قوله في الرد كالمستأجر .

وأما كون القول قوله إذا قال : أقبضتك عصيراً فقال المرتهن : بل خمراً ؛ فلأن المرتهن معترف بعقد وقبض ويدعي فساده . والأصل فيه السلامة .

قال : (وإن أقر الراهن أنه أعتق العبد قبل رهنه عتق وأخذت منه قيمته رهناً . وإن أقر أنه كان جنى أو أنه باعه أو غصبه قُبل على نفسه ، ولم يقبل على المرتهن إلا أن يصدقه) .

أما كون العبد المقر بعتقه يعتق ؛ فلأن السيد غير متهم في الإقرار بعتقه لأنه لو أنشأ العتق بعد لزوم الرهن عتق لما تقدم .

---

(١) في هـ: قال لا بل.

وأما كون القيمة تؤخذ من المقر رهناً ؛ فلأنه فوت عليه الوثيقة بالعتق فلزمته القيمة تجعل رهناً جبراً لما فاته من الوثيقة .

وأما كونه إذا أقر أنه كان جنى أو أنه باعه أو غصبه يقبل قوله على نفسه ؛ فلأنه مقر على نفسه فقبل كما لو أقر له بدين .

وأما كونه لا يقبل قوله على المرتهن مع تكذيبه إياه ؛ فلأنه متهم في حقه .

ولأن قول الغير على الغير غير مقبول .

فعلى هذا يلزم المقر أرش الجناية إن كان موسراً ؛ لأنه حال بين المجني عليه وبين رقبة الجاني بفعله أشبه ما لو قتله ، ويتعلق حق المجني عليه برقبته إذا انفك الرهن إن كان معسراً ويستحق المشتري والمغصوب منه الرهن إذا انفك منه ؛ لأن اعترافه مقتض لذلك في الحال وفي المآل . خولف في الحال لأجل حق المرتهن . فمتى زال : عَمِلَ المقتضي عملَه ، وإن صدقه المرتهن ثبت ذلك في الحال ؛ لأن المقتضي قائم والمانع زائل .

فصل

قال المصنف رحمه الله : (وإذا كان الرهن مركوباً أو محلوباً فللمرتهن أن يركب ويحلب بقدر نفقته متحرياً للعدل في ذلك ، وإن أنفق على الرهن بغير إذن الراهن مع إمكانه فهو متبرع ، وإن عجز عن استئذانه ولم يستأذن الحاكم فعلى روايتين) .

أما كون المرتهن له أن يركب ويحلب فيما ذكر بقدر نفقته فلما روى أبو هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : « الظهرُ يُرْكَبُ بنفقته إذا كانَ مَرهوناً ، ولبنُ الدرِّ يُشرَبُ بنفقتِه إذا كانَ مَرهوناً ، وعلى الذي يَركبُ ويشربُ النفقة »[1] رواه البخاري .

ولأن الحيوان نفقته واجبة وللمرتهن فيه حق وقد أمكنه استيفاء حقه من منافعه مع بقاء عينه فجاز كما يجوز للمرأة أخذ مؤنتها من مال زوجها عند عدم الإنفاق عليها .

فإن قيل : المراد به أن الراهن ينفق وينتفع .

قيل : هذا لا يصح لوجهين :

أحدهما : أنه روي في بعض الألفاظ إذا كانت الدابة مرهونة فعلى المرتهن علفها .

والثاني : أن قوله : بنفقته فيه إشارة إلى أن الانتفاع عوض النفقة والراهن النفقة عليه لا بطريق المعاوضة وهذا الإنفاق لا فرق فيه بين تعذر النفقة من الراهن بعينه أو امتناع أو مع القدرة على أخذ النفقة منه أو استئذانه لعموم الحديث .

ويجب أن يكون الانتفاع بما ذكر بقدر النفقة لأن فيه معنى المعاوضة .

وعن أحمد لا ينتفع بما ذكر ؛ لأن النبي ﷺ قال : « الرهن من راهنه له غنمه وعليه غرمه » .

ولأنه ملك غيره لم يأذن له في الانتفاع به ولا الإنفاق عليه فلم تكن له ذلك كغير المرتهن .

---

(١) سبق تخريجه ص: ٥٥٤.

والأول أصح ؛ لما ذكر من الحديث .

وقوله : « غنمه » نقول به ؛ لأن النماء عندنا للراهن لكن للمرتهن الانتفاع بما ذكر بشرط النفقة لما تقدم .

وفي قول المصنف رحمه الله : وإذا كان الرهن مركوباً أو محلوباً إشعار بأن المرتهن ليس له أن ينتفع بغيرهما . وقد صرح بذلك المصنف رحمه الله في بقية كتبه وغيره من الأصحاب فيما عدا الخدمة وحكوا في الخدمة روايتين، والأصح أنه لا ينتفع من الرهن إلا بالركوب والحلب ؛ لأن القياس يقتضي أن لا ينتفع بشيء من ذلك . ترك ذلك في الركوب والحلب ؛ للأثر. فيبقى فيما عداه على مقتضى القياس .

وأما كون المرتهن متبرعاً إذا أنفق على الرهن بغير إذن الراهن مع إمكانه ؛ فلأنه مفرط حيث لم يستأذن المالك .

ولأن الرجوع فيه معنى المعاوضة فافتقر إلى الإذن والرضى كسائر المعاوضات .

وأما كونه إذا عجز عن استئذانه و لم يستأذن الحاكم يرجع على روايةٍ ؛ فلأنه فعل ما يجب عليه وهو محتاج إليه لحراسة حقه أشبه الشريك إذا أنفق على الدابة المشتركة مع غيبة شريكه .

وأما كونه لا يرجع على روايةٍ ؛ فلأن النفقة معاوضة فافتقرت إلى رضا المالك وإذنه كسائر المعوضات .

قال : (وكذلك الحكم في الوديعة وفي نفقة الجمال إذا هرب الجمّال وتركها في يد المكتري . وإن انهدمت الدار فعمرها المرتهن بغير إذن الراهن لم يرجع به رواية واحدة) .

أما كون حكم الإنفاق على الوديعة والجمال التي هرب جمّالها عنها حكم الإنفاق على الرهن على ما ذكر من التفصيل ؛ فلتساوي الكل معنى الموجب للتساوي حكماً .

وأما كون المرتهن لا يرجع بما غرمه في الدار المرهونة بغير إذن الراهن رواية واحدة ؛ فلأن العمارة لا تجب على الراهن بخلاف نفقة الحيوان . وذكر صاحب النهاية فيها بعد قوله في هذه المسألة لا يرجع قولاً واحداً أن ابن عقيل قال : يحتمل أن يرجع ؛ لأن غرضه حفظ وثيقته . أشبه الحيوان .

فصل

قال المصنف رحمه الله : (وإذا جنى الرهن جناية موجبة للمال تعلق أرشها برقبته ولسيده فداؤه بالأقل من قيمته أو أرش جنايته أو بيعه في الجناية أو يسلمه إلى ولي الجناية فيملكه . وعنه : إن اختار فداءه لزمه جميع الأرش ، فإن فداه فهو رهن بحاله ، وإن سلمه بطل الرهن) .

أما كون أرش الجناية تتعلق برقبة الرهن الجاني ؛ فلأن الجناية مقدمة على حق المالك ، والملك أقوى من الرهن فأولى أن تقدم على الرهن .

فإن قيل : المرتهن أيضاً مقدم على حق المالك .

قيل : حق المرتهن ثبت من جهة المالك بعقده بخلاف حق الجناية فإنه ثبت بغير اختياره مقدماً على حقه فيقدم على ما ثبت بعقده .

ولأن حق الجناية مختص بالعين بفواتها وحق المرتهن لا يسقط بفوات العين ولا يختص بها فكان تعلقه بها أخف وأدنى .

وأما كون السيد له الخيرة بين فدائه وبين بيعه وبين تسليمه ؛ فلأن حق المجني عليه في قيمته لا في عينه .

وأما كونه يفديه بالأقل من قيمته أو أرش جنايته على المذهب ؛ فلأنه إن كان الأرش أقل فالمجني عليه لا يستحق أكثر من أرش الجناية عليه ، وإن كانت القيمة أقل فلا يلزم السيد أكثر منها ؛ لأن ما يدفعه عوض عن العبد فلا يلزمه أكثر من قيمته كما لو أتلفه .

وأما كونه يلزمه جميع الأرش إن اختار فداءه على روايةٍ ؛ فلأنه ربما رغب فيه راغب فيشتريه بأكثر من قيمته .

وأما كونه إذا فداه رهناً بحاله ؛ فلأن الرهن لم يبطل ، وإنما قدم حق المجني عليه لقوته فإذا زال ظهر حق المرتهن .

وأما كونه إذا سلمه يبطل الرهن ؛ فلأن الجناية تعلقت بالعبد وبالتسليم استقر كونه عوضاً عنها فبطل كونه مَحَلاً للرهن . أشبه ما لو مات أو ظهر مستحقاً لغيره .

قال : (فإن لم يستغرق الأرش قيمته بيع منه بقدره وباقيه رهن . وقيل : يباع جميعه ، ويكون باقي ثمنه رهناً) .

أما كون الجاني الذي لا يستغرق أرش جنايته قيمته يباع منه بقدر أرش الجناية فقط على المذهب ؛ فلأن المقصود يحصل بذلك .

وأما كون باقيه رهناً ؛ فلزوال المعارض .

وأما كونه يباع جميعه على قول ؛ فلأن تعلق الجناية كتعلق دين الرهن ، ودين الرهن ينبسط على جميع أجزائه . فكذلك دين الجناية .

فعلى هذا إذا بيع دفع منه أرش الجناية والباقي رهن ؛ لأنه بدل عن الرهن وعوض عنه فتعلق به ما كان متعلقاً بمبدله .

قال : (وإن اختار المرتهن فداءه ففداه بإذن الراهن رجع به ، وإن فداه بغير إذنه فهل يرجع به؟ على روايتين) .

أما كون المرتهن يرجع بالفداء إذا فداه بإذن الراهن ؛ فلأنه غرمه بإذن مالكه فوجب أن يستحق الرجوع به عليه كما لو أذن المضمون عنه لضامنه في الوفاء .

وأما كونه إذا فداه بغير إذنه هل يرجع به على روايتين ؛ فلأنه في معنى ما إذا قضى دين الغير بغير إذنه . وسيذكر الخلاف فيه إن شاء الله تعالى .

ويشترط في الخلاف المذكور : أن يكون المرتهن يعتقد الرجوع لأنه إذا فداه وهو لا يعتقد ذلك يكون متبرعاً . ولم يذكر المصنف رحمه الله اعتقاد الرجوع ؛ لأنه قد تقرر أن المتبرع ليس له أن يرجع . واعتمد هنا على لحظ ذلك .

فإن قيل : فلو بذل المرتهن الفداء لتكون العين رهناً عليه وعلى الدين الأول هل كان له ذلك ؟

قيل : نعم ؛ لأنه في مقابلة جناية ملك الراهن وذلك لازم له ، ولهذا تعلق برقبة ملكه . ذكره ابن عقيل .

وقال صاحب النهاية فيها بعد ذكر قول ابن عقيل : يحتمل أن لا يصير رهناً بالفداء بل يكون ديناً بغير رهن ؛ لأن الزيادة في دين الرهن لا يجوز .

قال : (وإن جنى عليه جناية موجبة للقصاص فلسيده القصاص ، فإن اقتص فعليه قيمة أقلهما قيمة تجعل مكانه ، وكذلك إن جنى على سيده فاقتص منه هو أو ورثته)[1] .

أما كون السيد له القصاص ؛ فلأن حاجته داعية إلى ذلك صيانة لماله وزجراً لتعدي الغير عليه .

وقال أبو الخطاب في الهداية : ليس له القصاص بغير رضا المرتهن لما فيه من إسقاط حقه من الوثيقة ويندفع ذلك بإيجاب القيمة تجعل رهناً ؛ لأن فيه تعويضاً عن العين فلم يسقط حقه .

وأما كون القيمة عليه إذا اقتص ؛ فلأنه أتلف مالاً استحق بسبب إتلاف الرهن. فغرم قيمته ؛ كما لو كانت الجناية موجبة للمال .

وأما كون القيمة أقل القيمتين ومعناه أن الرهن لو كان يساوي عشرة والجاني خمسة أو بالعكس لم يكن عليه إلا الخمسة ؛ فلأن في الأولى لم يفوت على المرتهن إلا ذلك القدر ، وفي الثانية لم يكن حق المرتهن متعلقاً إلا بذلك القدر .

وقال المصنف في المغني : إن اقتص أخذت منه قيمته فجعلت مكانه رهناً . وظاهره أنه يجب على الراهن جميع قيمة الجاني وهو متجه ؛ لأنه بدل عن الرهن فكان كله رهناً .

وأما كون القيمة تجعل مكانه ؛ فلأن ذلك بدل الرهن وعوض عنه .

وأما كون الحكم إذا جنى على سيده فاقتص منه هو أو ورثته كالحكم إذا جنى عليه أجنبي فاقتص الراهن منه ؛ فلأنهما مستويان معنى فوجب أن يستويا حكماً .

---

(١) في هـ: هو وورثته.

قال : (فإن عفى السيد على مال أو كانت الجناية موجبة للمال فما قبض منه جعل مكانه فإن عفى السيد عن المال صح في حقه ولم يصح في حق المرتهن ، فإذا انفك الرهن رد إلى الجاني . وقال أبو الخطاب : يصح وعليه قيمته) .

أما كون ما قبض من الفداء إذا عفى السيد على مال أو كانت الجناية موجبة له يجعل مكانه ؛ فلأن ذلك بدل عنه فوجب أن يعطى حكمه .

وأما كون السيد إذا عفى عن المال يصح في حقه دون المرتهن على الأول ؛ فلأن عفوه صادف حقاً له وحقاً لغيره فصح في حقه ؛ لأنه لا مانع منه و لم يصح في حق الغير لما فيه من إبطال حقه .

فعلى هذا إذا انفك الرهن رد إلى الجاني ؛ لزوال المانع .

وأما كونه يصح مطلقاً على قول أبي الخطاب ؛ فلأنه إبراء صدر من مالك فوجب أن يصح كما لو لم يكن بدلاً عن رهن وحق المرتهن مجبور بإيجاب القيمة على الراهن .

فعلى هذا عليه قيمته ليحصل الجبر .

وقال بعض أصحابنا : لا يصح مطلقاً ؛ لأن حق المرتهن متعلق به . أشبه ما لو وهبه أو ما لو عصبه فأبرأ الغاصب منه .

قال : (وإن وطئ المرتهن الجارية من غير شبهة فعليه الحد والمهر ، وولده رقيق . وإن وطئها بإذن الراهن ، وادعى الجهالة ، وكان مثله يجهل ذلك فلا حد عليه ولا مهر وولده حر لا تلزمه قيمته) .

أما كون المرتهن عليه الحد والمهر إذا وطئ الجارية المرهونة بغير شبهة ؛ فلأنه وطء حرام لا شبهة فيه فأوجب ذلك كما لو لم يكن رهناً .

وأما كون ولده رقيقاً ؛ فلأن الجارية ملك لغير الواطئ .

وأما كونه لا حد عليه إذا وطئ بإذن الراهن وادعى الجهالة ومثله يجهل ذلك ؛ فلأن ذلك شبهة والحد يدرأ بالشبه .

وأما كونه لا مهر عليه ؛ فلأن المهر يجب للسيد بسبب الوطء وقد أذن فيه . أشبه قيمة الجارية إذا أذن في قتلها .

وأما كون ولده حراً ؛ فلأنه اعتقد حل الوطء وأن ولده حر وكان حراً كولد المغرور .

وأما كونه لا تلزمه قيمته بخلاف المغرور ؛ فلأن ذلك حدث عن وطء ما دون فيه . فلم تلزمه قيمة الولد؛ كالمهر .

وقال صاحب النهاية فيها : قال ابن عقيل : لا تسقط قيمة الولد؛ لأنه أحال بين الولد وبين مالكه باعتقاده فلزمه قيمته كالمغرور .

وفرّق بين المهر والولد من حيث: إن الإذن صريح في الوطء الموجب للمهر فأسقطه بخلاف الولد فإن الإذن في الوطء ليس بصريح في الإحبال فلم يسقطه . ثم قال صاحب النهاية : والأول أصح ؛ لأن الإذن في الوطء إذن فيما يترتب عليه ، والإحبال والولد مما يترتب عليه فكان إذناً فيه . فلم تلزمه قيمة الولد ؛ كالمهر .

كتاب الضمان

[1] الضمان جائز بالكتاب والسنة والإجماع : أما الكتاب فقوله تعالى : ﴿ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم﴾ [يوسف:٧٢].

قال ابن عباس : الزعيم الكفيل .

وأما السنة فما روي عن النبي ﷺ أنه قال : « الزعيمُ غَارِمٌ »[2] رواه أبو داود والترمذي . وقال : حديث حسن .

وعن سلمة بن الأكوع « أن النبي ﷺ أُتي برجل ليصليَ عليه . فقال : هل عليهِ دَين ؟ فقالوا : نعم . ديناران . فقال : هل تركَ لهما وفاء ؟ قالوا : لا . فتأخرَ . فقيل : لم لا تصلي عليه ؟ فقال : ما تنفعهُ صلاتي وذمتهُ مرهونة ؟ ألا قام أحدكم فضمنه ! فقام أبو قتادة فقال : هما[3] عليّ يا رسول الله! فصلى عليه النبي ﷺ »[4] .

وأما الإجماع فأجمع المسلمون في الجملة على صحة الضمان .

قال المصنف رحمه الله : (وهو ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق ، ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما في الحياة والموت ، فإن برئت ذمة المضمون عنه برئ الضامن ، وإن برئ الضامن أو أقر ببراءته لم يبرأ المضمون عنه) .

أما معنى الضمان فقيل هو كما ذكره المصنف رحمه الله ، واشتقاقه من الضم .

وقال القاضي : هو مشتق من التضمن لأن ذمة الضامن تتضمن الحق .

وقال صاحب المستوعب فيه : قال ابن عقيل : هو مأخوذ من الضمن ثم قال : فتصير ذمة الضامن في ضمن ذمة المضمون عنه .

---

(١) ورد العنوان في هـ: باب الضمان.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٣٥٦٥) ٣: ٢٩٦ كتاب البيوع، باب في تضمين العارية.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٢٦٥) ٣: ٥٦٥ كتاب البيوع، باب ما جاء في أن العارية مؤداة.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٤٠٥) ٢: ٨٠٤ كتاب الصدقات، باب الكفالة.

(٣) في هـ: لهما.

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه (٢١٧٣) ٢: ٨٠٣ كتاب الكفالة، باب من يكفل عن ميت ديناً فليس له أن يرجع.

وأما كون صاحب الحق له مطالبة من شاء من المضمون عنه والضامن في الحياة والموت ؛ فلأن الحق ثابت في الذمتين فكان له مطالبة من شاء منهما كالضامنين .

وأما كون الضامن يبرأ ببراءة ذمة المضمون عنه ؛ فلأنه تبع له .

ولأن الضمان وثيقة فإذا برئ الأصل زالت الوثيقة كالرهن .

وأما كون المضمون عنه لا يبرأ ببراءة ذمة الضامن مما ذكر ؛ فلأنه أصل فلا يبرأ ببراءة التبع .

ولأن ذلك وثيقة انحلت بغير استيفاء الدين منها فلم تبرأ ذمة الأصل كالرهن إذا انفسخ من غير استيفاء .

قال : (ولو ضمن ذمي لذمي عن ذمي خمراً فأسلم المضمون له أو المضمون عنه برئ هو والضامن معاً) .

أما كون المضمون عنه يبرأ بإسلام المضمون له ؛ فلأن مالية الخمر بطلت في حقه فلم يملك مطالبة المكفول عنه .

وأما كون الضامن يبرأ بذلك ؛ فلأنه تبع للأصل فإذا برئ أصله برئ هو .

وأما كونهما يبرآن بإسلام المضمون عنه ؛ فلأنه صار مسلماً ولا يجوز وجوب خمر على مسلم ، وإذا برئ المضمون عنه كذلك برئ الضامن لأنه تبعه . وذكر أبو الخطاب في الهداية في هذه الصورة وجهاً آخر أنهما لا يبرآن لأن المضمون له يملك الخمر فلا يسقط كما لو أعاره عبداً فرهنه على خمر ثم أسلم المستعير فإنه يلزمه فك الرهن .

قال : (ولا يصح إلا من جائز التصرف ، ولا يصح من مجنون ولا صبي ولا سفيه ولا من عبد بغير إذن سيده . ويحتمل أن يصح ويُتبَع به بعد العتق . فإن ضمن بإذن سيده صح ، وهل يتعلق برقبته أو ذمة سيده؟ على روايتين) .

أما كون الضمان لا يصح من غير جائز التصرف ؛ فلأنه إيجاب مال بعقد فلم يصح من غير جائز التصرف كالبيع .

وأما كونه يصح من جائز التصرف ؛ فلأن جائز التصرف يصح بيعه وإقراره وسائر أحكامه . فكذلك ضمانه .

وأما كونه لا يصح من مجنون ولا صبي ولا سفيه ؛ فلأنهم غير جائزي التصرف .

وأما كونه لا يصح من عبد بغير إذن سيده ؛ فلأنه عقد يقتضي إيجاب مال بغير إذن سيده كالنكاح .

وأما كونه يحتمل أن يصح ويُتبّع به بعد العتق ؛ فلأنه لا ضرر على السيد فيه فصح منه ولزمه بعد العتق كالإقرار بالإتلاف .

وأما كونه إذا ضمن بإذن سيده يصح ؛ فلأن السيد لو أذن له في التصرف صح فكذا هاهنا .

وأما كونه يتعلق بما ذكر ففيه روايتان منشأهما أن ديون المأذون له في التجارة هل تتعلق برقبته أو ذمة سيده. وسيذكر دليل ذلك في موضعه إن شاء الله تعالى .

قال : (ولا يصح إلا برضى الضامن ولا يعتبر رضى المضمون له ولا المضمون عنه ولا معرفة الضامن لهما ولا كون الحق معلوماً ولا واجباً إذا كان مآله إلى الوجوب ، فلو قال : ضمنت لك ما على فلان أو ما تداينه به صح) .

أما كون الضمان لا يصح إلا برضى الضامن ؛ فلأنه التزام حق فلم يصح إلا برضى الضامن كسائر العقود التي يلزم العاقد فيها حق .

وأما كونه لا يعتبر رضى المضمون له ؛ فلأن أبا قتادة ضمن من غير رضى المضمون له فأجازه النبي ﷺ[1] وروي نحوه عن علي[2] .

ولأن الضمان وثيقة لا يعتبر فيها قبض. أشبهت الشهادة .

ولأنه ضمان دين . أشبه ضمان بعض الورثة دين الميت .

وأما كونه لا يعتبر رضى المضمون عنه ؛ فلأنه لو قضى عنه الدين بغير إذنه ورضاه صح . فكذلك إذا ضمن عنه .

وأما كونه لا يعتبر معرفة الضامن للمضمون له ولا للمضمون عنه ؛ فلأنه لا يعتبر رضاهما . فكذلك معرفتهما .

---

(١) سبق ذكره قريباً.

(٢) سيأتي ذكره ص: ٥٨٥.

وقال المصنف في المغني: قال القاضي: يعتبر معرفتهما: أما المضمون له فلما يأتي، وأما المضمون عنه فليعلم هل هو أهل لاصطناع المعروف إليه أم لا.

ولأنه تبرع فلا بد من معرفة من يتبرع عنه.

وفيه وجه ثالث أنه يعتبر معرفة المضمون له ليؤدى إليه ولا يعتبر معرفة المضمون عنه؛ لأنه لا معاملة بينه وبينه.

والأول أولى لحديث أبي قتادة[1] فإنه ضمن لمن لم يعرفه وعمن لم يعرفه.

وأما كونه لا يعتبر كون الحق معلوماً؛ فلأن الله تعالى قال: ﴿ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم﴾ [يوسف:٧٢] ضمن القائل حمل بعير وهو غير معلوم لأنه يختلف.

ولعموم قوله عليه السلام: «الزعيم غارم»[2].

ولأنه التزام حق في الذمة من غير معارضة فصح في المجهول كالإقرار.

ولأنه يصح تعليقه بغرر وخطر وهو ضمان العهدة، وإذا قال: ألق متاعك في البحر وعليّ ضمانه فصح في المجهول كالعتاق والطلاق.

وأما كونه لا يعتبر كونه واجباً؛ فلأن الآية دلت على ضمان حمل بعير مع أنه لم يكن وجب.

فإن قيل: الضمان ضم ذمة إلى ذمة فإذا لم يكن على المضمون عنه شيء فلا ضم ولا يكون ثَم ضمان.

قيل: قد ضم ذمته إلى ذمة المضمون عنه في كونه يلزمه ما يلزمه وما يحدث في ذمة مضمونه يحدث في ذمته مثله وهذا كاف.

واشترط المصنف رحمه الله في عدم اعتبار كونه واجباً كون مآله إلى الوجوب لأن ما ليس بواجب ولا مآله إلى الوجوب لا يوجد فيه ضم ذمة إلى ذمة لا حالاً ولا مآلاً.

ثم مثل غير المعلوم وغير الواجب ولكن مآله إلى الوجوب بقوله: ضمنت لك ما على فلان أو ما تداينه به.

---

(١) سبق ذكره ص: ٥٨١.

(٢) سبق تخريجه ص: ٥٨١.

قال : (ويصح ضمان دين الضامن ودين الميت المفلس وغيره ، ولا تبرأ ذمته قبل القضاء في أصح الروايتين) .

أما كون ضمان دين الضامن يصح ؛ فلأنه دين لازم في ذمته فصح ضمانه كسائر الديون .

وأما كون ضمان دين الميت يصح ؛ فلأن أبا قتادة ضمن دين الميت[1] . وصرح المصنف رحمه الله بالميت المفلس إشارة إلى قول من منع صحة ضمان الميت الذي لم يخلف وفاء . وقد دل حديث أبي قتادة على صحة ذلك فإنه ضمن ميتاً لا وفاء له وحثهم النبي ﷺ على ضمانه فقال : « ألا قام أحدكم فضمنه »[2] .

ولأنه دين ثابت فصح ضمانه كما لو خلف وفاء .

وأما كون ذمة المضمون عنه الميت لا تبرأ قبل القضاء في روايةٍ فكالمضمون عنه الحيّ .

وأما كونه يبرأ بنفس الضمان في روايةٍ فلما روى أبو سعيد الخدري قال : « كنا معَ النبي ﷺ في جنازةٍ فلما وُضعت قال : هل على صاحبكم من دَين؟ قالوا : نعم . درهمان . فقال : صَلّوا على صَاحِبكم . فقال عليٌّ : هما عليّ يا رسولَ الله! وأنا لهما ضَامن . فقام رسول الله ﷺ فصلى عليه . ثم أقبل عليّ فقال : جزاكَ اللهُ عن الإسلامِ خيراً وفكَّ اللهُ رهانكَ كما فَكَكْتَ رهانَ أخيك »[3] رواه الدارقطني .

وفيه : « فقيل : يا رسول الله هذا لعلي خاصة أم للناس عامة قال : للناس عامة »[4] .

والأولى أصح؛ لقول النبي ﷺ : « نفسُ المؤمنِ مُعلقةٌ بِدَينهِ حتى يُقضَى عنه »[5] .

---

(١) سبق ذكره ص: ٥٨١.

(٢) سبق تخريجه ص: ٥٨١.

(٣) أخرجه الدارقطني في سننه (٢٩٢) ٣: ٧٨-٧٩ كتاب البيوع .
وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦: ٧٣ كتاب الضمان، باب وجوب الحق بالضمان.

(٤) تكملة للحديث السابق.

(٥) أخرجه الترمذي في جامعه (١٠٧٨) ٣: ٣٨٩ كتاب الجنائز، باب ما جاء عن النبي ﷺ أنه قال: « نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه ».
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٤١٣) ٢: ٨٠٦ كتاب الصدقات، باب التشديد في الدين.

وفي بعض أخبار أبي قتادة أنه لما ذكر أنه قضى عنه قال : « الآن بردت جلدته »[1].

وقوله : « فككت رهان أخيك »[2] أراد أنه كان امتنع من الصلاة عليه فلما ضمن عنه فكه من ذلك .

قال : (ويصح ضمان عهدة المبيع عن البائع للمشتري وعن المشتري للبائع ، ولا يصح ضمان دين الكتابة في أصح الروايتين) .

أما كون ضمان عهدة المبيع عن البائع للمشتري . وهو : أن يضمن شخص عن البائع الثمن متى خرج المبيع مستحقاً أو رد بعيب ، وضمان العهدة عن المشتري للبائع . وهو : أن يضمن الثمن الواجب بالبيع قبل تسليمه أو إن ظهر فيه عيب أو استحق رجع بذلك على الضامن يصح ؛ فلأن الحاجة تدعو إليه لأنه لو لم يصح ذلك لامتنعت المعاملات مع من لم يعرف وفي ذلك ضرر بين دافع لأصل الحكمة التي شرع البيع من أجلها ومثل ذلك لا يرد به الشرع .

وأما كون ضمان دين الكتابة لا يصح في رواية ؛ فلأنه ليس بلازم ولا يفضي إلى اللزوم لأن للمكاتب أن يُعَجِّزَ نفسه ويمتنع من الأداء فإذا لم يكن لازماً للأصل فالفرع أولى .

وأما كونه يصح في رواية ؛ فلأنه يصح أن يضمن عنه ديناً آخر فيصح أن يضمن عنه دين الكتابة .

والأولى أصح لما تقدم . والفرق بين مال الكتابة وبين غيره من الديون من حيث إن ذلك الغير إما لازم أو مآله إلى اللزوم بخلاف دين الكتابة فإنه ليس فيه واحد منهما لما تقدم .

---

(١) أخرجه أحمد في مسنده (١٤٥٧٦) ٣: ٣٣٠.

(٢) سبق تخريجه قريباً.

قال : (ولا يصح ضمان الأمانات كالوديعة ونحوها إلا أن يضمن التعدي فيها ، وأما الأعيان المضمونة كالغصوب والعواري والمقبوض على وجه السوم فيصح ضمانها) .

أما كون ضمان الأمانات كالوديعة والشركة والمضاربة والمدفوع إلى الخياط والقصار لا يصح ؛ فلأنها غير مضمونة على المضمون عنه . فكذلك على الضامن .

وأما كون ضمان التعدي فيها يصح ؛ فلأنها مضمونة على من هي في يده في ذلك أشبهت المغصوب .

وأما كون ضمان الأعيان المضمونة المتقدم ذكرها يصح ؛ فلأنها مضمونة على من هي في يده فهي كالحقوق الثابتة في الذمة .

قال : (وإن قضى الضامن الدين متبرعاً لم يرجع بشيء ، وإن نوى الرجوع وكان الضمان والقضاء بغير إذن المضمون عنه فهل يرجع؟ على روايتين . وإن أذن في أحدهما فله الرجوع بأقل الأمرين مما قضى أو قدر الدين) .

أما كون الضامن لا يرجع بشيء إذا قضى الدين متبرعاً ؛ فلأنه تبرع به أشبه ما لو وهبه إياه ثم قضاه عنه .

وأما إذا قضى ناوياً للرجوع فله أربعة أحوال :

أحدها : أن يضمن ويقضي بغير إذن المضمون عنه وفيها روايتان :

أحدهما : أنه يرجع لأنه قضاء مبرء من دين واجب فكان من ضمان من هو عليه كالحاكم إذا قضاه عنه عند امتناعه .

والثانية : لا يرجع لأن الضامن بغير إذن لو استحق الرجوع لاستحق أبو قتادة الرجوع على الميت ولو استحق ذلك لصار ديناً له عليه ولو صار ديناً له عليه لامتنعت الصلاة .

ولأنه فعل غير مأذون فيه فلم يستحق الرجوع فيه كما لو علف دوابه وأطعم عبيده بغير إذنه .

وأجاب المصنف رحمه الله في المغني عن عدم استحقاق أبي قتادة بأنه قضى متبرعاً بدليل أنه علم أنه لا وفاء له فلا يحتج به على من قضى معتقداً للرجوع لما بينهما من الفرق .

والحال الثانية : أن يأذن في الضمان دون القضاء[1] فله الرجوع لأنه أذن له في الضمان وهو ملزم للقضاء[2] فاستحق الرجوع كما لو صرح بالقضاء .

والحال الثالثة : أن يأذن له في القضاء دون الضمان[3] فله الرجوع أيضاً لأنه أدى عنه فرجع به كما لو ضمن بإذنه ، أو كما لو لم يكن ضامناً .

الحال الرابعة : أن يضمن بإذنه ويقضي بإذنه فله الرجوع لأنه إذا رجع فيما إذا ضمن بإذنه أو قضى بإذنه ؛ فلأن يرجع فيما إذا وقع الضمان والقضاء بإذنه بطريق الأولى .

وأما كون الضامن إذا استحق الرجوع يرجع بأقل الأمرين مما قضى أو قدر الدين ؛ فلأنه إذا كان الأقل ما قضاه[4] فإنه يرجع بما غرم . ولهذا لو أبرأه الغريم لم يرجع بشيء وإن كان الأقل الدين قد أدى ما لا يجب على المضمون عنه أداؤه فيكون متبرعاً .

فإن قيل : لو دفع عن الدين عرضاً بم يرجع؟

قيل : يرجع بأقل الأمرين من قيمته أو قدر الدين لما ذكر .

قال : (وإن أنكر المضمون له القضاء وحلف لم يرجع الضامن على المضمون عنه سواء صدقه أو كذبه . وإن اعترف بالقضاء وأنكر المضمون عنه لم يسمع إنكاره) .

أما كون الضامن لا يرجع على المضمون عنه إذا أنكر المضمون له القضاء وحلف ؛ فلأن المضمون عنه ما أذن للضامن إلا في قضاء مبر و لم يوجد .

وأما كون الحكم كذلك سواء صدقه المضمون عنه أو الضامن أو كذبه ؛ فلأن المانع من الرجوع تفريط الضامن من حيث: إنه قضى بغير بينة وذلك مشترك بين التصديق والتكذيب .

فإن قيل : لو كان القضاء ببينة ؟

(١) في هـ: والحال الثانية أن يضمن بإذن ويقضي بغير إذن.

(٢) في و: ملتزم القضاء.

(٣) في هـ: الحال الثالثة أن يضمن بغير إذن ويقضي بإذن.

(٤) في و: قضى.

قيل : إن كانت بينته حاضرة عادلة فلا إشكال وإن كانت ميتة أو غائبة لم يرجع الضامن على المضمون عنه لإنكاره الوفاء الموجب للرجوع . ورجع عليه إن صدقه؛ لأنه معترف أنه ما قصر ولا فرط . وإن كانت البينة مردودة بأمر ظاهر كالكفر والفسق الظاهر لم يرجع عليه الضامن أيضاً صدقه أو كذبه للتفريط؛ لأن وجود هذه البينة كعدمها . وإن ردت بأمر خفي كالفسق الباطن أو لكون الشهادة مختلفاً فيها كشهادة العبيد ونحوها احتمل أن يرجع؛ لأنه قضاه ببينة شرعية والجرح والتعديل ليس إليه واحتمل أن لا يرجع؛ لأنه قضاء بمن لا يثبت الحق بشهادته .

وأما كون إنكار المضمون عنه إذا اعترف المضمون له بالقضاء لا يسمع ؛ فلأن ما في ذمته حق للمضمون له فإذا اعترف بالقبض من الضامن فقد اعترف بأن الحق صار للضامن فيجب أن يقبل إقراره ؛ لكونه إقرار في حق نفسه .

قال : (وإن قضى المؤجل قبل أجله لم يرجع حتى يحل . وإن مات المضمون عنه أو الضامن فهل يحل الدين عليه؟ على روايتين . وأيهما حل عليه لم يحل على الآخر) .

أما كون الضامن لا يرجع بما قضاه قبل أجله ؛ فلأنه متبرع بالتعجيل . فلم يرجع قبل الأجل ؛ كما لو قضاه أكثر من الدين .

وأما كون الدين المؤجل يحل بموت المضمون عنه أو الضامن على روايةٍ ؛ فلأن ذمة الميت تخرب بالموت . فلو لم يحل ؛ لأدى إلى ضياع حقه مما له على الميت .

وأما كونه لا يحل على روايةٍ ؛ فلأن التأجيل حق من حقوق الميت . فلم يبطل بموته ؛ كسائر حقوقه .

ولأن موته لا يوجب حلول ماله فلا يجب حلول ما عليه .

وأما قول المصنف رحمه الله : وأيهما حل عليه لم يحل على الآخر فمعناه : أن المضمون عنه إذا مات وقلنا يحل عليه بالموت لم يحل على الضامن ؛ لأن الإنسان لا يحل عليه دين بموت غيره بل يبقى الدين حالاً بالنسة إلى المضمون عنه مؤجلاً بالنسبة إلى الضامن ، وذلك جائز ؛ لما يذكر بعد إن شاء الله تعالى .

وكذا لو مات الضامن وقلنا : يحل بموته لا يحل على المضمون عنه ؛ لما ذكر .

قال : (ويصح ضمان الحالّ مؤجلاً . وإن ضمن المؤجل حالاً لم يلزمه قبل أجله في أصح الوجهين) .

أما كون ضمان الحال مؤجلاً يصح ؛ فلما روى ابن عباس « أن رجلاً لزمَ غَريماً له بعشرة دنانير على عهد رسول الله ﷺ . فقال : ما عندي شيء أعطيكه . فقال : والله لا فارقتك حتى تَقضيَني أو تَأتيَني بحَميلٍ . فجرّه إلى النبي ﷺ . فقال له[1] النبي ﷺ : كَم تَستنظرُه ؟ قال : شهراً . قال رسول الله ﷺ : فأنا أحملُ . فجاءهُ في الوقتِ الذي قال النبي[2] ﷺ. فقال له النبي ﷺ : من أين أصبتَ هذا ؟ قال : من مَعدن . قال : لا خيرَ فيها . وقضاها عنه »[3] .

ولأنه ضمن مالاً بعقد مؤجل . فكان مؤجلاً ؛ كالبيع .

فإن قيل : الدين الحالّ لا يتأجل فكيف يتأجل على الضامن ؟ أم كيف يثبت في ذمة الضامن على غير الوجه الذي يثبت في ذمة المضمون عنه ؟

قيل : الحق[4] يتأجل في ابتداء ثبوته إذا كان ثبوته بعقد ، وهذا ابتداء ثبوته في حق الضامن فإنه لم يكن ثابتاً عليه حالاً . ويجوز أن يخالف ما في ذمة المضمون عنه بدليل : ما لو مات المضمون عنه والدين مؤجل .

وأما كونه إذا ضمن المؤجل حالاً لا يلزمه قبل أجله في وجهٍ ؛ فلأن الضامن فرع المضمون عنه ، فلا يستحق مطالبته دون أصله .

ولأن المضمون عنه لو ألزم نفسه تعجيل ذلك لم يلزمه فلأن لا يلزم الضامن أولى .

---

(١) ساقط من هـ.

(٢) في هـ: للنبي.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٣٣٢٨) ٣: ٢٤٣ كتاب البيوع، باب في استخراج المعادن.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٤٠٦) ٢: ٨٠٤ كتاب الصدقات، باب الكفالة.

(٤) ساقط من هـ.

ولأن الضمان التزام دين ثابت في الذمة ، فلا يجوز أن يلزمه ما ليس بلازم للمضمون عنه .

وأما كونه يلزمه قبل أجله في وجهٍ ؛ فلأن مقتضى صحة الضمان ذلك .

فصل في الكفالة

الكفالة بالبدن صحيحة بالكتاب والمعنى : أما الكتاب فقوله تعالى : ﴿لن أرسله معكم حتى تؤتون موثقاً من الله لتأتنني به إلا أن يحاط بكم﴾ [يوسف:٦٦].

وأما المعنى ؛ فلأن الحاجة داعية إلى الاستيثاق بضمان المال أو بالبدن وضمان المال يمتنع منه كثير من الناس فلو لم تجز الكفالة بالبدن لأدى إلى الحرج وعدم المعاملات المحتاج إليها .

قال المصنف رحمه الله : (**وهي التزام إحضار المكفول به . وتصح ببدن من عليه دين وبالأعيان المضمونة**) .

أما قول المصنف رحمه الله : وهي التزام إحضار المكفول به ؛ فبيان لمعنى الكفالة .

وأما كون الكفالة التزام إحضار المكفول به ؛ فلأن الواقع عليه العقد هو الملتزم إحضاره والعقد في الكفالة واقع على بدن المكفول به فكان إحضاره هو الملتزم به كالضمان فإن العقد لما كان واقعاً على المال كان ذلك المال هو الملتزم به . فكذلك هاهنا .

وأما كون الكفالة ببدن من عليه دين تصح ؛ فلأن الدين حق مال . فصحت الكفالة به ؛ كالضمان .

وأما كونها بالأعيان المضمونة كالغصوب والعواري يصح ؛ فلأن ضمانها صحيح . فكذلك الكفالة بها .

ولأن الكفالة بالأعيان أولى من الكفالة بالبدن ؛ لأن الكفالة بالبدن ذريعة إلى حصول المقصود ، والكفالة بالأعيان متعلقة بالمقصود ، فإذا صحت فيما هو ذريعة إلى المقصود فلأن تصح بما هو المقصود بطريق الأولى .

قال : (ولا تصح ببدن من عليه حد أو قصاص ، ولا بغير معين كأحد هذين) .

أما كون الكفالة ببدن من عليه حد لا تصح فلما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ أنه قال : « لا كفالة في حد »[1] .

ولأن الكفالة استيثاق يلزم الكفيل ما على المكفول عند تعذر إحضاره والحدود مبناها على الإسقاط والدرء بالشبهات فلا يدخل فيها الاستيثاق ولا يمكن استيفاؤها من غير الجاني .

وأما كونها ببدن من عليه قصاص لا تصح ؛ فلأنه بمنزلة من عليه حد معنى فليكن بمنزلته حكماً .

وأما كونها بغير معين كأحد هذين لا يصح ؛ فلأن المكفول به مجهول لا يعلم في الحال ولا في المآل بخلاف ضمان المجهول فإنه إن لم يمكن معرفته في الحال يمكن معرفته في المآل .

قال : (وإن كفل بجزء شائع من إنسان أو عضو ، أو كفل بإنسان على أنه إن جاء به وإلا فهو كفيل بآخر أو ضامن ما عليه صح في أحد الوجهين) .

أما كون الكفالة بجزء شائع من إنسان كثلثه أو ربعه يصح ؛ فلأنه لا يمكنه إحضار ذلك إلا بإحضار الكل .

وأما كونها بعضو كيده أو رجله أو ما أشبههما يصح ؛ فلأنه لا يمكنه إحضاره على صفته إلا بإحضار الكل .

وأما كونها إذا كفل بإنسان على أنه إن جاء به وإلا فهو كفيل بآخر أو ضامن ما عليه يصح ؛ فلأن ذلك كفالة أو ضمان فصح تعليقه على شرط كضمان العهدة .

وأما قول المصنف رحمه الله : في أحد الوجهين فإشارة إلى الخلاف والخلاف في الصور الثلاث : أما الصحة فقد تقدم دليلها ، وأما عدم الصحة : أما في الجزء الشائع والعضو ؛ فلأن تسليم ذلك وحده متعذر والسراية ممتنعة ، وأما في الصور الثلاثة ؛ فلأنه تعليق عقد على آخر . فلم يصح ؛ كالبيع المعلق على آخر .

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦: ٧٧ كتاب الضمان، باب ما جاء في الكفالة ببدن من عليه حق.

وقال المصنف رحمه الله في المغني : قال القاضي : ولا تصح الكفالة ببعض البدن بحال ؛ لأن ما لا يسري لا يصح إذا خص به عضو كالبيع والإجارة .

وظاهر قول القاضي : أنه لا تصح الكفالة بالجزء الشائع ولا بالعضو ؛ لأنه قال : لا تصح ببعض البدن ، وما ذكره من التعليل لا يدل على عدم الصحة في الجزء الشائع ؛ لأن بيع ذلك وإجارته جائزة . ولم يفرّق المصنف رحمه الله في العضو بين كونه مما لا يبقى البدن بدونه ؛ كالرأس والكبد ، ولا بين كونه يبقى ؛ كاليد والرجل .

وذكر في الكافي : إذا تكفل بوجهه صح ، ولم يحك فيه خلافاً . وهو الظاهر الذي ينبغي حمل كلامه هاهنا عليه ؛ لأن الوجه يكنى به عن الكل فصح كما لو تكفل ببدنه .

وحكى في الكافي أيضاً وجهاً ثالثاً في الفرق بين ما لا يبقى البدن بدونه ؛ كالرأس ، وبين ما يبقى ؛ كاليد وشبهها .

قال : (ولا تصح إلا برضا الكفيل . وفي رضا المكفول به وجهان) .

أما كون الكفالة لا تصح إلا برضا الكفيل ؛ فلأنه لا يلزمه الحق ابتداء إلا برضاه .

وأما كونها لا تصح إلا برضا المكفول به في وجهٍ ؛ فلأن مقصودها إحضاره فإذا تكفل بغير إذنه لم يلزمه الحضور معه .

وأما كونها تصح بدونه في وجهٍ ؛ فبالقياس على الضمان .

والأولى أولى ؛ لما ذكر . وبه يظهر الفرق بين الكفالة وبين الضمان ؛ لأن مقتضى الكفالة إحضار المكفول به فإذا كان بغير إذنه لم يلزمه الحضور فلا يحصل مقصود الكفالة . والضمان تمكين الضامن أن يقضي الدين ولا يحتاج إلى المضمون عنه .

قال : (ومتى أحضر المكفول به وسلمه برئ إلا أن يحضره قبل الأجل وفي قبضه ضرر) .

أما كون الكفيل إذا أحضر المكفول به وسلمه إلى المكفول له عند الأجل أو بعده يبرأ ؛ فلأن المسلَم فيه لو أحضره المسلَم إليه عند الأجل أو بعده لزم قبوله فكذا هاهنا ؛ لأنه في معناه .

وأما كونه إذا أحضره قبل الأجل وفي قبضه ضرر لا يبرأ ؛ فلأن المسلَم فيه لو أحضره المسلَم إليه قبل وقته وفي قبضه ضرر لم يلزمه قبلوه فكذا هاهنا ؛ لأنه في معناه أيضاً .

قال : (وإن مات المكفول به ، أو تلفت العين بفعل الله تعالى ، أو سلّم نفسه برئ الكفيل) .

أما كون الكفيل يبرأ بموت المكفول به ؛ فلأن الحضور سقط عن المكفول به . فبرئ كفيله ؛ كما لو برئ من الدين .

ولأن[1] ما التزمه من أجله سقط عن الأصل فبرئ الفرع كالضامن إذا قضى المضمون عنه الدين .

وأما كونه يبرأ بتلف العين بفعل الله تعالى ؛ فلأن تلف العين بمنزلة موت المكفول به .

وقيد المصنف رحمه الله التلف بكونه بفعل الله تعالى ؛ لأنه لو كان بفعل آدمي وجب على المتلف بدلها .

قال : (وإن تعذر إحضاره مع بقائه لزم الكفيل الدين أو عوض العين . وإن غاب أمهل الكفيل بقدر ما يمضي فيحضره ، فإن تعذر إحضاره ضمن ما عليه) .

أما كون الكفيل يلزمه الدين أو عوض العين إذا تعذر إحضار المكفول به مع بقائه ؛ فلعموم قوله عليه السلام : « الزعيم غارم »[2] .

ولأن الكفالة بالبدن أحد نوعي الكفالة . فوجب الغرم بها ؛ كالضمان .

وأما كونه يمهل بقدر ما يمضي فيحضر المكفول به إذا غاب ؛ فلأنه لا يمكن إحضاره إلا بذلك .

وأما كونه يضمن ما عليه إذا تعذر إحضاره ؛ فلما تقدم .

---

(١) في هـ: فلأن.

(٢) سبق تخريجه ص: ٥٨١.

قال : (وإذا طالب الكفيل المكفول به بالحضور معه لزمه ذلك إن كانت الكفالة بإذنه ، أو طالبه صاحب الحق بإحضاره ، وإلا فلا) .

أما كون المكفول به يلزمه الحضور مع الكفيل إذا طالبه بذلك وكان قد كفله بإذنه ؛ فلأنه شغل ذمته من أجله بإذنه . فكان عليه تخليصها ؛ كما لو استعار عبده فرهنه بإذنه كان للسيد مطالبته بتخليصه .

وأما كونه يلزمه ذلك إذا طالبه صاحب الحق بإحضاره ؛ فلأن طلبه منه توكيل له في إحضاره . فلزمه الحضور معه ؛ كما لو صرح له بالوكالة .

وأما كونه لا يلزمه ذلك إذا كان قد كفله بغير إذنه و لم يطلبه منه صاحب الحق ؛ فلأن المكفول لم يشغل ذمته . وإنما شغلها الكفيل باختياره مع أنه ليس بوكيل .

قال : (وإذا كفل اثنان برجل فسلمه أحدهما لم يبرأ الآخر . وإن كفل واحد لاثنين فأبرأه أحدهما لم يبرأ من الآخر) .

أما كون أحد الكفيلين لا يبرأ بتسليم صاحبه المكفول به ؛ فلأن إحدى الوثيقتين انحلت من غير استيفاء . فلم تنحل الأخرى ؛ كما لو أبرأ أحدهما أو انفك أحد الرهنين من غير قضاء الحق . وفارق هذا ما إذا سلم المكفول به نفسه من حيث إنه أصل لهما فإذا برئ الأصل برئ فرعاه ، وكل واحد من الكفيلين ليس فرعاً للآخر فلم يبرأ ببراءته . وكذلك لو أبرأ المكفول به برئ كفيلاه ، ولو أبرأ أحد الكفيلين برئ وحده دون صاحبه .

وأما كون الكفيل الواحد لاثنين لا يبرأ إذا أبرأه أحد المكفول لهما ؛ فلأن عقد الواحد مع الاثنين بمنزلة العقدين فإذاً يكون قد التزم إحضاره عند كل واحدٍ منهما ، فإذا

أبرأه أحدهما برئ منه وبقي حق الآخر كما لو كان في عقدين ، وكما لو ضمن ديناً لرجلين فوفى أحدهما حقه .

باب الحوالة

الحوالة : ثابتة بالسنة والإجماع : أما السنة ؛ فما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال : « مَطْلُ الغنيِ ظُلم ، فإذا أُتبعَ أحدُكمْ على مَلِيءٍ فليتبَع »[1] متفق عليه .

وفي لفظ : « من أحيلَ بحقهِ على مَليءٍ فليحتَل »[2] .

وأما الإجماع ؛ فأجمع المسلمون في الجملة على جواز الحوالة .

واشتقاقها من تحويل الحق من ذمة إلى ذمة . وقيل : هي بيع جاز تأخير القبض فيه رخصة .

قال المصنف رحمه الله في المغني : الصحيح أنها عقد إرفاق منفرد بنفسه ليس بمحمول على غيره . بدليل : أنها لو كانت بيعاً لكانت بيع دين بدين وهو غير جائز ، ولَمَا جاز التفرق قبل القبض ؛ لأنه بيع ما فيه الربا بجنسه ، ولجازت بلفظ البيع ، ولجازت بين جنسين كالبيع .

فعلى هذا لا يدخلها خيار . وهو أشبه بكلام الإمام أحمد وأصوله .

ولا بد فيها من محيل ومحتال ومحال عليه .

قال المصنف رحمه الله : (والحوالة تنقل الحق من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه ، فلا يملك المحتال الرجوع عليه بحال) .

أما كون الحوالة تنقل الحق ؛ فلما تقدم من أنها مشتقة من التحويل .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢١٦٦) ٢: ٧٩٩ كتاب الحوالات، باب في الحوالة وهل يرجع في الحوالة.

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٦٤) ٣: ١١٩٧ كتاب المساقاة، باب تحريم مطل الغني وصحة الحوالة...

(٢) أخرجه أحمد في مسنده (٩٩٧٤) ٢: ٤٦٣.

وأما كون المحتال لا يملك الرجوع على المحيل ؛ فلأن الحق انتقل فلا يعود بعد انتقاله .

قال : (ولا تصح إلا بشروط ثلاثة :

أحدها : أن يحيل على دين مستقر ، فإن أحال على مال الكتابة ، أو السلم ، أو الصداق قبل الدخول لم يصح ، وإن أحال المكاتب سيده ، أو الزوج امرأته صح) .

أما كون الحوالة لا تصح إلا بشروط ثلاثة ؛ فلما يذكر في مواضعها .

وأما كون أحدها : أن يحيل على دين مستقر ؛ فلأن ما ليس بمستقر بعرضية السقوط ، والحوالة إلزام المحال عليه الدين مطلقاً فلا يصح فيما هو بعرضية السقوط .

وفي ذكر المصنف رحمه الله استقرار الدين المحال عليه دون استقرار المحال به دليلٌ على أنه لا يشترط استقراره . وصرح به في الكافي وغيره . وعلله بأنه يجوز أداء غير المستقر .

وقال أبو الخطاب في الهداية : يشترط استقراره أيضاً قياساً على المحال عليه .

وأما كون من أحال على مال الكتابة لا يصح ؛ فلأنه غير مستقر بدليل : أن له أن يمتنع من أدائه .

وأما كون من أحال على السلم لا يصح ؛ فلأنه أيضاً غير مستقر ؛ لأنه بعرضية الفسخ بالانقطاع ، وقد قال عليه السلام : « من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره »[1] .

ولأن الحوالة لا تصح إلا فيما لا يجوز أخذ العوض عنه ، والسلم ليس كذلك .

وأما كون من أحال على الصداق قبل الدخول لا يصح ؛ فلأنه غير مستقر بدليل سقوطه بالردة ، وسقوط نصفه بالطلاق .

وأما كون المكاتب إذا أحال سيده أو الزوج امرأته يصح ؛ فلأن أقصى ما في ذلك أنه دين غير مستقر . وقد تقدم أنه لا يشترط استقرار المحال به على ظاهر قول المصنف

(١) سبق تخريجه ص: ٥٢٩.

رحمه الله . ويجيء على قول أبي الخطاب أنه لا تصح الحوالة به ؛ لأن مال الكتابة والصداق غير مستقر واستقرار المحال به شرط عنده .

قال : (والثاني : اتفاق الدَّيْنين في الجنس والصفة والحلول والتأجيل) .

أما كون الثاني من الشروط المتقدم ذكرها الاتفاق فيما ذكر ؛ فلأن الحوالة تحويل الحق ونقله فيجب أن يكون مثل المحال عليه فيما ذكر .

وأما معنى الاتفاق في الجنس فأن يكونا ذهباً أو فضة أو ما أشبههما فلو أحال من عليه ذهب بفضة أو بالعكس لم يصح .

وأما معنى الاتفاق في الصفة فأن يكونا مصريين أو أميريين أو ما أشبههما . فلو أحال من عليه مصرية بأميرية أو بالعكس لم يصح .

وأما معنى الاتفاق في الحلول أو التأجيل فأن يكونا حالّين أو مؤجلين فلو أحال من عليه حالّ بمؤجل أو بالعكس لم يصح .

ويشترط في المؤجل اتفاق الأجل فلو كان أحدهما يحل بعد شهر والآخر بعد شهرين لم يصح ؛ لما ذكر .

قال : (والثالث : أن يحيل برضاه ، ولا يعتبر رضى المحال عليه ولا رضى المحتال إن كان المحال عليه مليئاً . وإن ظنه مليئاً فبان مفلساً ولم يكن رضي بالحوالة رجع عليه ، وإلا فلا . ويحتمل أن يرجع) .

أما كون الثالث من الشروط المتقدم ذكرها : أن يحيل المحيل برضاه ؛ فلأن الحق عليه فلا يلزمه أداؤه من جهة الدين الذي على المحال عليه .

وأما كون رضى المحال عليه لا يعتبر ؛ فلأن للمحيل أن يستوفي الحق الذي على المحال عليه بنفسه وبوكيله ، وقد أقام المحال مقام نفسه في التقبيض . فلم يعتبر رضى المحال عليه ؛ كالتوكيل .

وأما كون رضى المحتال لا يعتبر إذا كان المحال عليه مليئاً ؛ فلقول النبي ﷺ : « إذا أُتْبِعَ أحدكمْ على مَلِيءٍ فليتبع »[1] .

(١) سبق تخريجه ص: ٥٩٨.

والمراد بالمليء : القادر على الوفاء ؛ لأنه جاء عن النبي ﷺ أنه قال : « إن الله تعالى يقول : مَنْ يُقْرِض المليء غير المعدم » .

وقال الشاعر :

تُطيلين لَيّابي وأنت مليئة		وأحسنُ يا ذاتَ الوشاحِ التقاضيا

يعني بالمليئة القادرة على الوفاء .

وأما كون المحتال يرجع على المحيل إذا ظن ملاءة المحال عليه فظهر مفلساً و لم يكن رضي بالحوالة ؛ فلأن الفلس عيب و لم يرض به فاستحق الرجوع كما لو اشترى سلعة فظهرت معيبة و لم يرض بالعيب .

وأما كونه إذا رضي بالحوالة لا يرجع على المذهب ؛ فلأنه إذا رضي بذلك زال شغل الذمة فلا يعود بعد زواله .

وأما كونه يحتمل أن يرجع ؛ فلأنه لم يرض . أشبه ما تقدم .

وذكر المصنف رحمه الله في المغني ما تقدم احتمالين ، وذكر في الكافي هذين الاحتمالين روايتين .

وفي قول المصنف رحمه الله : وإن ظنه مليئاً إشعار بأن المحتال إذا رضي بالحوالة مع علمه بفلس المحال عليه لا يرجع قولاً واحداً وهو صحيح ؛ لأنه لو رضي بعيب المبيع لم يرجع قولاً واحداً فكذا هاهنا .

قال : (وإذا أحال المشترى البائع بالثمن ، أو أحال البائع عليه به فبان البيع باطلاً[1] فالحوالة باطلة . وإن فسخ البيع بعيب أو إقالة لم تبطل الحوالة . وللبائع أن يحيل المشتري على من أحاله المشتري عليه في الصورة الأولى . وللمشتري أن يحيل المحتال عليه على البائع في الثانية ، ويحتمل أن يبطل إن لم يكن قبضها) .

أما كون الحوالة باطلة إذا بان البيع مثل أن يكون المبيع عبداً فيظهر حراً أو مستحقاً ؛ فلأنه تبين ببطلان البيع أن لا ثمن ، والحوالة فرع على الثمن ، فإذا بطل الأصل بطل الفرع .

---

(١) في هـ: باطل.

فعلى هذا يرجع المشتري على من كان له عليه الدين في مسألة حوالته ، وعلى المحال عليه في مسألة الحوالة عليه لا على البائع ؛ لأن الحوالة لما بطلت وجب بقاء حقه على ما كان ، ووجب له الرجوع على المحال عليه ضرورة كونه قَبَضَه بعد تبين بطلانه .

وأما إذا فسخ البيع بعيبٍ أو إقالةٍ فعلى ضربين :

أحدهما : أن يكون المحتال قد قبض مال الحوالة ، فلا تبطل الحوالة وجهاً واحداً ؛ لأن عقد البيع لم يرتفع هنا فالثمن لم يسقط فلم تبطل الحوالة ؛ لانتفاء المبطل .

ولأن المشتري دفع إلى البائع بدل ماله في ذمته وعارضه عنه بما في ذمة المحال عليه .

فعلى هذا للمشتري الرجوع على البائع في مسألتي حوالته والحوالة عليه لا على من كان له عليه الدين في المسألة الأولى ولا على من أحيل عليه في الثانية .

وللبائع أن يحيل المشتري على من أحاله المشتري عليه في الصورة الأولى ، وللمشتري أن يحيل المحتال عليه على البائع في الثانية .

أما كون المشتري له الرجوع على البائع فيهما ؛ فلأنه لما رد العوض استحق الرجوع بالعوض لكن الرجوع في عينه متعذر للزوم الحوالة فوجب الرجوع في بدله ، وإذا لزم البدل وجب على البائع ؛ لأنه هو الذي انتفع بمبدله .

وأما كونه ليس له الرجوع على من كان عليه الدين ؛ فلأن ما كان عليه قد انتقل إلى غيره بعقدٍ باقي الصحة .

وأما كونه ليس له الرجوع على من أحيل عليه ؛ فلأنه أخذ حقه بعقد صحيح لازم .

وأما كون البائع له أن يحيل المشتري على من أحاله المشتري عليه وكون المشتري له أن يحيل المحتال عليه على البائع ؛ فلأن دين البائع ثابت على من أحاله المشتري عليه ، ودين المشتري ثابت على البائع[1] ثبوتاً مستقراً فصحت الحوالة عليه كسائر الحقوق المستقرة[2] .

---

(١) ساقط من هـ.

(٢) في هـ: المستقر.

وثانيهما : أن يكون المحتال لم يقبض مال الحوالة . وفي ذلك وجهان :

أحدهما : لا تبطل ؛ لما تقدم قبل .

فعلى هذا الحكم كما تقدم .

والثاني : تبطل ؛ لأن الحوالة بالثمن وقد سقط بالفسخ فوجب أن تبطل الحوالة لذهاب حقه من المال المحال به .

فعلى هذا الحكم هنا كما لو ظهر المبيع مستحقاً .

قال : (وإذا قال : أحلتك قال : بل وكلتني ، أو قال : وكلتك قال : بل أحلتني فالقول قول مدعي الوكالة . وإن اتفقا على أنه قال : أحلتك وادعى أحدهما أنه أريد بها الوكالة وأنكر الآخر ففي أيهما يقبل قوله؟ وجهان . وإن قال : أحلتك بدينك فالقول قول مدعي الحوالة وجهاً واحداً) .

أما كون القول قول مدعي الوكالة إذا اختلفا في المقول من لفظي الوكالة والحوالة ؛ فلأنه مدع بقاء الحق على ما كان عليه ومنكر انتقاله ، والقول قول المنكر .

وأما كون القول قول مدعي الحوالة إذا اتفقا على لفظ الحوالة واختلفا في الإرادة في وجهٍ ؛ فلأن الظاهر معه لموافقة دعواه الحقيقة ودعوى خصمه المجاز .

وأما كون القول قول مدعي الوكالة في وجهٍ ؛ فلما ذكر في المسألة قبل .

وأما كون القول قول مدعي الحوالة وجهاً واحداً إذا قال : أحلتك بدينك ؛ فلأن ذلك لا يحتمل الوكالة لا بلفظه ولا بمعناه بخلاف ما تقدم .

باب الصلح

الصلح : معاقدة يتوصل بها الى الإصلاح بين المختلفين . وتتنوع أنواعاً المقصود منها هنا الصلح بين المتخاصمين في الأموال .

والأصل فيه الكتاب والسنة والإجماع : أما الكتاب فقوله تعالى : ﴿والصلح خير﴾ [النساء:١٢٨] ، وقوله تعالى : ﴿فأصلحوا بين أَخَوَيْكم﴾ [الحجرات:١٠].

وأما السنة فما روى أبو هريرة أن رسول الله ﷺ قال : « الصلحُ بينَ المسلمينَ جائزٌ إلا صُلحاً حرمَّ حلالاً أو أحلَّ حراماً »[١] أخرجه الترمذي . وقال : حديث حسن صحيح .

وأما الإجماع فأجمعت الأمة على جواز الصلح في الجملة .

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٥٩٤) ٣: ٣٠٤ كتاب الأقضية، باب في الصلح.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٣٥٢) ٣: ٦٣٤ كتاب الأحكام، باب ما ذكر عن رسول الله ﷺ في الصلح بين الناس.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٣٥٣) ٢: ٧٨٨ كتاب الأحكام، باب الصلح.

قال المصنف رحمه الله : (الصلح في الأموال قسمان :

أحدهما : صلح على الإقرار . وهو نوعان :

أحدهما : الصلح[1] على جنس الحق ؛ مثل : أن يقر له بدين فيضع عنه بعضه ، أو بعين[2] فيهب له بعضها ويأخذ الباقي فيصح إن لم يكن بشرط ؛ مثل أن يقول : على أن تعطيني الباقي ، أو يمنعه حقه بدونه) .

أما كون الصلح في الأموال قسمين ؛ فلأنه تارة يكون على الإقرار ، وتارة يكون على الإنكار .

وأما كون الصلح على الإقرار نوعين ؛ فلأنه تارة يكون على جنس الحق كما مثّل المصنف رحمه الله ، وتارة يكون بغير جنس الحق كما سيأتي بعد إن شاء الله تعالى .

وأما كون أحدهما الصلح على جنس الحق ؛ فظاهر .

وأما كونه يصح إن لم يكن بشرط إعطاء الباقي أو المنع من إعطاء الحق بدون الصلح ؛ فلأن الإنسان لا يُمنع من إسقاط بعض حقه كما لا يُمنع من استيفائه .

وأما كونه لا يصح بشرط إعطاء الباقي أو المنع من إعطاء الحق بدونه ؛ فلأنه آكل لمال الغير بالباطل وهو هضم لحقه .

قال : (ولا يصح ممن لا يملك التبرع كالمكاتب والمأذون له وولي اليتيم إلا في حال الإنكار وعدم البينة) .

أما كون صلح من لا يملك التبرع في غير حال الإنكار وعدم البينة لا يصح ؛ فلأن ذلك تبرع ومن ذكر لا يملك التبرع .

وأما قول المصنف رحمه الله : كالمكاتب والمأذون له وولي اليتيم فتمثيل لمن لا يملك التبرع .

وأما كونه في حال الإنكار وعدم البينة يصح ؛ فلأن استيفاء البعض عند العجز عن استيفاء الكل أولى من تركه . وتقييد المصنف رحمه الله الإنكار بعدم البينة إشعار بأن

(١) في هـ: صلح.
(٢) في هـ: عين.

الصلح في حال الإنكار مع البينة لا يصح وهو صحيح لأنه يمكنه استيفاء الكل فالصلح والحالة هذه تبرع ومن[1] ذكر لا يملك التبرع .

قال : (ولو صالح عن المؤجل ببعضه حالاً لم يصح ، وإن وضع بعض الحالّ وأجّل باقيه صح الإسقاط دون التأجيل) .

أما كون الصلح عن المؤجل ببعضه حالاً لا يصح ؛ فلأن الذي يسقط يقع عوضاً عن التأجيل وذلك لا يجوز كما لا يجوز أن يعطيه عشرة دراهم حالّة بعشرين مؤجلة .

وأما كون الإسقاط إذا وضع بعض الحالّ وأجل باقيه يصح ؛ فلأنه أسقطه عن طيب نفسه ولا مانع من صحته ؛ لأنه ليس في مقابلة تأجيل فوجب أن يصح كما لو أسقطه .

وأما كون التأجيل لا يصح ؛ فلأن الحالّ لا يتأجل .

قال : (وإن صالح عن الحق بأكثر منه من جنسه ؛ مثل : أن يصالح عن دية الخطأ أو عن قيمة مُتْلَف بأكثر منها من جنسها لم يصح . وإن صالحه بعرض قيمته أكثر منها صح فيهما ، وإن صالحه عن بيت على أن[2] يسكنه سنة أو يبني له فوقه غرفة لم يصح) .

أما كون الصلح عن الحق بأكثر منه من جنسه كما مثّل المصنف رحمه الله لا يصح ؛ فلأن الزائد لا مقابل له فيكون ربا وذلك حرام والصلح لا يُحل الحرام ؛ لقوله عليه السلام : « إلا صلحاً أحل حراماً »[3] .

وأما كونه يصح في كل واحد منهما بعرض قيمته أكثر منها ؛ فلأنه معاوضة لا ربا بين العوض والمعوض فصح كما لو باعه ما يساوي عشرة بدرهم والضمير في قوله : فيهما عائد إلى دية الخطأ وقيمة المتلَف .

(١) في هـ : من.
(٢) ساقط من هـ.
(٣) سبق تخريجه ص: ٦٠٥.

وأما كون الصلح عن البيت على أن يسكنه سنة أو يبني له فوقه غرفة لا يصح ؛ فلأنه صالحه عن ملكه بملكه .

قال : (**وإن قال : أقر لي بديني وأعطيك منه مائة ففعل صح الإقرار ، ولم يصح الصلح**) .

أما كون الإقرار فيما ذكر يصح ؛ فلأنه إقرار بحق يحرم عليه إنكاره .

وأما كون الصلح لا يصح ؛ فلأنه يجب عليه الإقرار بالحق فلم يحل له أخذ العوض عما يجب عليه .

قال : (**وإن صالح إنساناً ليقر له بالعبودية أو امرأة لتقر له بالزوجية[1] لم يصح . وإن دفع المدعى عليه العبودية إلى المدعي مالاً صلحاً عن دعواه صح**) .

أما كون من صالح إنساناً ليقر له بالعبودية أو امرأة لتقر له بالزوجية لا يصح ؛ فلأن ذلك صلح يحل حراماً ؛ لأن إرقاق الحر وبذل المرأة نفسها بعوض لا يجوز .

وأما كون المدعى عليه العبودية إذا دفع إلى المدعي مالاً صلحاً عن دعواه يصح : أما في حق الآخذ ؛ فلأنه يجوز أن يعتق عبده بعوض . وأما في حق الدافع ؛ فلأنه يقطع الخصومة المتوجهة عليه .

وزاد المصنف رحمه الله في المغني على ذلك بأن قال : ويدفع اليمين الواجبة عليه . وفي تخصيص المصنف رحمه الله جواز الدفع في العبودية دليل على أن المرأة المدعى عليها الزوجية لا يجوز أن تدفع شيئاً إلى المدعي على وجه الصلح . وقد صرح به في المغني وعلله بأن الدفع في الإنكار لا يفيد اليمين وقطع الخصومة ، ولا يمين عليها .

ولأن خروج البعض من ملك الزوج لا قيمة له وإنما أجيز الخلع لأجل الحاجة إلى افتداء نفسها .

ثم قال : وخرّج ابن عقيل جوازه بناء على مشروعية اليمين في حقها على رواية ، وعلى أن العوض يصح أخذه عن البضع في جانب الزوج خلعاً وفي جانب المرأة نكاحاً . وصرح في الكافي بجواز ذلك وقدمه على المنع وعلله بأنها تدفع شره عن نفسها . وهذا

(١) في هـ: الزوجية.

ظاهر كلام أبي الخطاب في الهداية ؛ لأنه ذكر المسألتين ثم قال : فإن دفع إليه المدعى عليه مائة صلحاً عن دعواه صح الصلح . وما ذكره المصنف رحمه الله في المغني مانعاً من الصحة في الزوجية موجود بعينه في العبودية ؛ لأن المدعى عليه العبودية لا يستحلف كما لا يستحلف المدعى عليها الزوجية . وتحرير الصحة في الموضعين مع أنه لا يستحلف فيهما على الصحيح أن في[1] الصلح قطعاً للخصومة والمقاولة ودفعاً للشر وذلك مطلوب والصلح طريق إليه . فجاز تحصيلاً لما هو مطلوب .

قال : (النوع الثاني : أن يصالح عن الحق بغير جنسه فهو معاوضة ، فإن كان بأثمان عن أثمان فهو صرف ، وإن كان بغير الأثمان فهو بيع ، وإن كان بمنفعة كسكنى دار فهو إجارة تبطل بتلف الدار كسائر الإجارات) .

أما كون النوع الثاني : أن يصالح عن الحق بغير جنسه ؛ فلأنه يلي الأول .

وأما كونه معاوضة ؛ فلأنه بدل مال في مقابلة مال وذلك شأن المعاوضة .

وأما كونه صرفاً إذا كان بأثمان[2] عن أثمان ؛ فلأن الصرف بيع أحد الثمنين بالآخر ، وهو موجود هنا .

فعلى هذا يشترط له ما يشترط في الصرف من القبض في المجلس ونحوه .

وأما كونه بيعاً إذا كان بغير الأثمان ؛ فلأن البيع مبادلة المال بالمال وأنه موجود هنا .

فعلى هذا يشترط فيه ما يشترط في البيع من العلم به ونحوه .

وأما كونه إجارة إذا كان بمنفعة كسكنى دار ؛ فلأن الإجارة بيع المنفعة وهو موجود هنا .

فعلى هذا يثبت فيها أحكام الإجارة من البطلان بتلف الدار ونحوه .

---

(١) في هـ: في أن.

(٢) في هـ: أثمان.

قال : (وإن صالحت المرأة بتزويج نفسها صح ، فإن كان الصلح عن عيب في مبيعها فزال رجعت بأرشه لا بمهرها) .

أما كون المرأة إذا صالحت عن الحق الذي عليها بتزويج نفسها يصح ؛ فلأن عقد التزويج يقتضي عوضاً فإذا جعلت ذلك عوضاً عن الحق الذي عليها صح كغيره .

وأما كونها ترجع بأرش العيب لا بمهرها إذا كان الصلح عن عيب في مبيعها فزال ؛ فلأنها جعلت صداقها أرش العيب فإذا زال العيب وجب الرجوع بما كان صداقاً .

وقول المصنف رحمه الله : زال العيب معناه : تبين أنه ليس بعيب ، ولذلك أصلح بعض من أذن له المصنف رحمه الله زال بتبين .

فإن قيل : ما مثال ذلك ؟

قيل : مثل إن كانت أمة ظنها حاملاً لانتفاخ جوفها فتفشى ونحوه صرح به أبو الخطاب في الهداية .

فعلى هذا إن كان موجوداً عند العقد ثم زال كمبيع ظهر مريضاً فتعافى لا شيء لها ؛ لأن زوال العيب بعد ثبوته حال العقد لا يوجب بطلان الأرش .

فإن قيل : قد تقدم أن بهيمة الأنعام إذا ظهرت مصراة يملك المشتري الرد وكذا إذا اشترى أمة فظهرت مزوجة فإذا صار لبن المصراة عادة وطلقت المزوجة[1] امتنع الرد . فعلى هذا إذا ظهر المبيع معيباً ثم زال العيب يجب أن يتبين أن لا أرش .

قيل : الرد فسخ للملك بسبب العيب فلم يكن بد من وجوده حين الرد ؛ لأنه زمن الفسخ . بخلاف أرش العيب فإنه عوض عما فات من العيب وقت العقد فلم يسقط[2] بزواله بعده .

---

(١) في و: الزوجة.

(٢) في و: فلم يسقط وقت العقد .

قال : (وإن صالح عما في الذمة بشيء في الذمة لم يجز التفرق قبل القبض ؛ لأنه بيع دين بدين . ويصح الصلح عن المجهول بمعلوم إذا كان مما لا يمكن معرفته للحاجة) .

أما كون من صالح عما في الذمة بشيء في الذمة لا يجوز التفرق قبل القبض ؛ فلما علل المصنف رحمه الله من أنه بيع دين بدين ؛ وذلك أنه متى حصل التفرق قبل القبض يكون كل واحد من العوضين ديناً ؛ لأن محله الذمة وذلك شأن الدين ، وإذا كان التفرق قبل القبض مفضياً إلى ذلك لم يجز ؛ لأن بيع الدين بالدين غير جائز « لأن النبي ﷺ نهى عن بيع الكالئ بالكالئ »[1] رواه الدارقطني .

تفسيره : بيع الدين بالدين قاله أبو عبيد .

وأما كون الصلح عن المجهول بمعلوم يصح في الجملة ؛ فلما روي عن النبي ﷺ : «أنه قال في رجلين اختصما في مواريث درست بينهما : استهما وتوخيا الحق ، وليحلل أحدكما صاحبه »[2] . رواه الإمام أحمد وأبو داود .

ولأنه إسقاط حق فصح في المجهول كالعتاق والطلاق .

وأما ما يشترط في صحة الصلح المذكور فأمران :

أحدهما : أن يكون المصالح به معلوماً لأنه يفتقر إلى تسليم وذلك لا يمكن في غير معلوم .

وثانيهما : أن يكون مما لا يمكن معرفته كمواريث دارسة وحقوق سالفة ؛ لأن المصحح للصلح المذكور الحديث المذكور والأمر فيه كذلك .

ولأن المبيح للصلح المذكور الحاجة وما يمكن معرفته لا حاجة إلى الصلح عليه .

---

(١) سبق تخريجه ص: ٥٠٠.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٣٥٨٥) ٣: ٣٠٢ كتاب الأقضية، باب في قضاء القاضي إذا أخطأ.
وأخرجه أحمد في مسنده (٢٦٧٦٠) ٦: ٣٢٠.

فصل [الصلح على إنكار]

قال المصنف رحمه الله: (القسم الثاني: أن يدعي عليه عيناً أو ديناً فينكره ثم يصالحه على مال فيصح ويكون بيعاً في حق المدعي حتى إن وجد فيما أخذه عيباً فله رده وفسخ الصلح. وإن كان شقصاً مشفوعاً ثبتت فيه الشفعة ويكون إبراء في حق الآخر فلا يرد ما صالح عنه[1] بعيب ولا يؤخذ بشفعة. ومتى كان أحدهما عالماً بكذب نفسه فالصلح باطل في حقه وما أخذه حرام عليه).

أما كون القسم الثاني ما ذكر ويسمى الصلح على الإنكار؛ فلأنه يلي الأول.

وأما كونه يصح؛ فلعموم قوله عليه السلام: « الصلح بين المسلمين جائز »[2].

ولأنه صلح يصح مع الأجنبي فصح مع الخصم كالصلح على الإقرار. وتحقيقه: أنه إذا صح مع الأجنبي مع عدم حاجته إليه، فلأن يصح مع الخصم مع حاجته إليه بطريق الأولى.

ويشترط لصحة الصلح المذكور: أن يكون المدعي معتقداً أن ما ادعاه حق والمدعى عليه معتقداً أن لا حق عليه؛ لأن الصلح حينئذ يكون لافتداء اليمين وقطع الخصومة وذلك مطلوب؛ لما فيه من صيانة النفوس الشريفة، وذوي المروءات العزيزة عن التبذل، وحضور مجالس الحكام. بخلاف غيرهم.

فإن قيل: ذلك مجوز للمدعى عليه فما شأن المدعي؟

قيل: المدعي يأخذ ذلك عوضاً عن الحق الذي يعتقده.

وأما كونه بيعاً في حق المدعي؛ فلأنه يعتقده عوضاً عن حقه فيلزمه حكم اعتقاده.

---

(١) في هـ: عن.

(٢) سبق تخريجه ص: ٦٠٥.

فعلى هذا له رده إن وجده معيباً وإن كان شقصاً مشفوعاً ثبتت فيه الشفعة لأنه بيع .

وأما كونه إبراء في حق الآخر ؛ فلأنه دفع المال لافتداء يمينه ودفع الضرر عن نفسه لا عوضاً عن حق يعتقده .

فعلى هذا لا يرد ما صالح عنه بعيب ولا يؤخذ بشفعة لاعتقاده أنه ليس بعوض .

وأما كون الصلح باطلاً في حق العالم بكذب نفسه ؛ فلأنه عالم بالحق قادر على إيصاله إلى مستحقه غير معتقد أنه محق واعتقاد ذلك شرط لما تقدم .

وأما كون ما يأخذه حراماً ؛ فلأنه آكل لمال الغير بالباطل .

قال : (وإن صالح عن المنكر أجنبي بغير إذنه صح ولم يرجع عليه في أصح الوجهين) .

أما كون صلح الأجنبي عن المنكر يصح ؛ فلأنه قصد براءة ذمته فصح كما لو قضى دينه .

وأما كونه لا يرجع عليه في وجه ؛ فلأن الدين لم يثبت عليه .

وأما كونه يرجع عليه في وجهٍ ؛ فبالقياس على الضمان .

والأول أصح ؛ لما تقدم .

والفرق بينه وبين الضمان: أنه هاهنا أدى ما لا يلزمه أداؤه . بخلاف الضمان فإنه قضى ما يلزمه قضاؤه .

قال : (وإن صالح الأجنبي لنفسه لتكون المطالبة له غير معترف بصحة الدعوى أو معترفاً بها عالماً بعجزه عن استنقاذه لم يصح . وإن ظن القدرة عليه صح ثم إن عجز عن ذلك فهو مخير بين فسخ الصلح وإمضائه) .

أما كون صلح الأجنبي لنفسه لتكون المطالبة له غير معترف بصحة الدعوى لا يصح ؛ فلأنه [اشترى منه ما لم يثبت له ولم تتوجه إليه خصومة فيفتدي نفسه منها . أشبه ما لو][1] اشترى منه ملك غيره .

---

(١) ساقط من هـ.

وأما كون صلحه إذا اعترف له بذلك عالماً بعجزه عن استنقاذه لا يصح ؛ فلأنه اشترى ما لا يقدر على تسليمه .

وأما كونه يصح إذا اعترف له بصحة دعواه وظن القدرة على الاستنقاذ ؛ فلأنه اشترى منه ملكه الذي يقدر على تسليمه . و لم يفرق بين المصنف رحمه الله بين أن يكون المصالح عنه عيناً أو ديناً . وفرق بينهما في المغني فصححه في العين ، وقال في الدين : لا يصح ؛ لأنه اشترى ما لا يقدر على قبضه . ثم قال : ومن أصحابنا من قال : يصح . وليس بشيء ؛ لأن بيع الدين في ذمة المقر لا يصح فبيع دين في ذمة من ينكره ، ولا يقدر مشتريه على قبضه أولى .

وأما كونه إذا عجز عن ذلك يخير بين الفسخ والإمضاء ؛ فلأنه إذا فات بعض المعقود عليه يكون له الخيرة دليله الرد بالعيب ؛ فلأن تكون له الخيرة إذا فات كل المعقود عليه بطريق الأولى .

فصل

قال المصنف رحمه الله : (يصح الصلح عن القصاص بديات وبكل ما يثبت مهراً . ولو صالح سارقاً ليطلقه ، أو شاهداً ليكتم شهادته ، أو شفيعاً عن شفعته ، أو مقذوفاً عن حده لم يصح الصلح ، وتسقط الشفعة . وفي الحد وجهان) .

أما كون الصلح عن القصاص بديات وبكل ما يثبت مهراً يصح ؛ فلأن المال لم يتعين فيه فصح بالدية وبأكثر منها وبأقل .

ولأنه[1] يصح إسقاطه فلأن يصح الصلح عنه بما ذكر بطريق الأولى .

وقول المصنف رحمه الله : وبكل ما يثبت مهراً فيه إشارة إلى أنه يصح بالشيء وإن قل ؛ لأنه قابل ذلك بقوله : بديات وذلك عبارة عن كثرة الشيء المصالح به .

وأما كون صلح السارق ليطلق لا يصح ؛ فلأن الرفع إلى السلطان ليس حقاً يجوز الاعتياض عنه .

وأما كون صلح الشاهد ليكتم شهادته لا يصح ؛ فلأن كتمان الشهادة حرام فلا يصح الاعتياض عنه .

وأما كون صلح الشفيع عن شفعته لا يصح ؛ فلأنها إنما ثبتت لإزالة الضرر فإذا رضي بالعوض تبين أن لا ضرر فلا استحقاق فيبطل العوض لبطلان معوضه ولهذه العلة تسقط شفعته .

وأما كون صلح المقذوف عن حده لا يصح ؛ فلأنه ليس بمال ولا يؤول إليه بخلاف دم العمد .

وأما كون الحد يسقط ففيه وجهان مأخذهما : أن حد القذف هل هو للآدمي أو لله؟ فإن قلنا : للآدمي سقط ؛ لأن الصلح منه دليل على الإسقاط .

---

(١) في هـ: فلأنه.

ولأن الحد يسقط بالشبهة وما ذكر شبهة .

وإن قلنا : لله لم يسقط لعدم ما ذكر قبل .

قال : (وإن صالحه على أن يُجري على أرضه أو سطحه ماء معلوماً صح . ويجوز أن يشتري ممراً في دار وموضعاً في حائط[1] يفتحه باباً ، وبقعة يحفرها بئراً ، وعلو بيت يبني عليه بنياناً موصوفاً . فإن كان البيت غير مبني لم يجز في أحد الوجهين ، وفي الآخر يجوز إذا وصف العلو والسفل) .

أما كون الصلح على إجراء ماء معلوم على أرض أو سطح يصح ؛ فلأن الحاجة داعية إليه . واشترط المصنف رحمه الله كون الماء معلوماً؛ لأن الماء يختلف بكثرته وقلته . وطريق العلم في الماء على الأرض تقديره بالإصبع[2] أو العيدان[3] أو نحو ذلك ، وفي ماء السطح بمعرفة السطح . ويشترط في إجرائه على الأرض إذا شرط إجراءه في قناة تبيين موضعها وطولها وعرضها ؛ لأنه بيع لموضع من أرضه . ولا حاجة إلى بيان عمقها ؛ لأن قراره للمشتري . وإن شرط أن الأرض لربها كان إجارة تفتقر إلى معرفة عمقها ومدتها كإجارتها للزرع . ولا يشترط في إجراء الماء على السطح ذكر المدة ؛ لأن هذا لا يستوفى به منافع السطح بخلاف القناة .

وأما كون شراء الممر من دار يجوز ؛ فلأنه حق أعطي حكم العين بدليل جواز تملكه ابتداء بدون ملك العين بخلاف تملك المنفعة المباحة فإنه لا يتصور بذل ملك العين . ودليل تملك الممر ابتداء دون ملك العين أن شخصاً لو أحيا أرضاً ميتة ثم أحيا غيره الأرض التي تليها كان له حق المرور في تلك الأرض وإن لم يملك رقبتها .

وأما كون شراء موضع في حائط يفتحه باباً وبقعة يحفرها بئراً يجوز ؛ فلأنه شراء لبعض ما يملكه البائع فصح كما لو باعه نصف حائطه أو نصف أرضه .

---

(١) في هـ: داره وموضعاً في حائطه.

(٢) في و: بالأرض.

(٣) في و و هـ : بالعدان ، وما أثبتناه من ج.

وأما كون بيع علو بيت يبني عليه بنياناً موصوفاً يجوز ؛ فلأنه ملك البائع فجاز بيعه كالأرض . واشترط المصنف رحمه الله في صحة ذلك كون البنيان موصوفاً ليكون معلوماً .

وأما كون بيع ذلك لا يجوز إذا كان البيت غير مبني في وجهٍ ؛ فلأن المبيع العلو ولا وجود له قبل وجود السفل فوجب أن لا يجوز بيعه كالمعدوم .

وأما كونه يجوز في وجهٍ ؛ فلأنه موصوف أشبه ما إذا كان السفل مبنياً . واشترط المصنف رحمه الله في الجواز وصف السفل والعلو ؛ لأن المبيع لا يكون معلوماً إلا بذلك .

قال : (وإن حصل في هوائه أغصان شجرة غيره فطالبه بإزالتها لزمه ذلك ، فإن أبى فله قطعها ، فإن صالحه عن ذلك بعوض لم يجز . وإن اتفقا على أن الثمرة له أو بينهما جاز ولم يلزم) .

أما كون إزالة أغصان الشجرة الحاصلة في هواء الجار يلزم مالكها مع طلب الجار ؛ فلأن الهواء ملك لصاحب القرار ، فإذا طلب إخلاء ملكه لزمه إخلاؤه ؛ كما لو دخلت دابة إلى داره فطالب مالكها بإخراجها .

وأما كون مالك الهواء له قطعها إذا أبى مالكها من إزالتها ؛ فلأن في ذلك إخلاء ملكه الواجب إخلاؤه .

وأما كون الصلح عن ذلك بعوض لا يجوز ؛ فلأن ذلك يزيد وينقص . وحكى المصنف رحمه الله ذلك في المغني عن أبي الخطاب .

وحكى عن القاضي : إن كانت الأغصان رطبة لم يجز الصلح عنها ؛ لأنها تزيد في كل وقت .

وحكى عن ابن حامد : أنه يجوز في الرطب واليابس ؛ لأن الجهالة في المصالح عنه لا يمنع الجواز لكونها لا تمنع التسليم بخلاف العوض فإنه يفتقر إلى العلم به لوجوب التسليم .

واشترط القاضي أن يكون الغصن معتمداً على نفس الحائط ومنع منه إذا كان على نفس الهواء ؛ [لأنه بيعٌ للهواء][1] المجرد . وأيّد المصنف رحمه الله الجواز في المغني مطلقاً بأن قال : ومن مذهبنا جواز بيع الهواء . والزيادة التي تتجدد في الغصن يحتمل أن يعفى عنها ؛ كالسِّمَنِ الحادث في المستأجر للركوب .

وأما كون الاتفاق على أن الثمرة لمالك الهواء أو بينهما يجوز ؛ فلأن هذا يكثر في الأملاك المتجاورة ، وفي القطع إتلاف وإضرار فدعت الحاجة إلى الصلح بالثمرة أو بعضها ؛ لأنه أسهل .

قال المصنف رحمه الله في المغني : سئل الإمام أحمد عن ذلك فقال : لا أدري . ثم قال : يحتمل أن يصح ؛ لما ذكر ، ويحتمل أن لا يصح ؛ لأن العوض مجهول ومن شرط الصلح العلم بالعوض .

وأما كون ذلك لا يلزم ؛ فلأنه لو لزم لأدى إلى ضرر مالك الشجر لتأبد استحقاق الثمرة عليه ، أو إلى ضرر مالك الهواء لتأبد بقاء الأغصان في ملكه .

قال : (ولا يجوز أن يشرع إلى طريق نافذ جناحاً ولا ساباطاً ولا دكاناً ، ولا أن يفعل ذلك في ملك إنسان ، ولا درب غير نافذ إلا بإذن أهله . وإن صالح عن ذلك بعوض جاز في أحد الوجهين) .

أما كون إشراع الجناح . وهو الرَّوْشَن يكون على أطراف الخشب مدفون في الحائط وأطرافه خارجة إلى الطريق ، وكون إشراع الساباط وهو المستو في هواء الطريق ، وكون إشراع الدكان وهي الدكة إلى طريق نافذ : لا يجوز ؛ فلأنه تصرف في ملك الغير من غير إذن مالكه . ولا فرق فيما ذكر بين أن يضر ذلك بالمارة أو لا يضر ؛ لأنه إن لم يضر حالاً فقد يضر مآلاً ، ولا بين أن يأذن الإمام فيه أو لم يأذن ؛ لأنه ليس له أن يأذن فيما لا مصلحة فيه للمسلمين لا سيما إذا احتمل أن يكون ضرراً عليهم في المال .

---

(١) ساقط من هـ.

وقال ابن عقيل : إذا أذن الإمام فيما هو مشترك بين المسلمين ولا ضرر فيه جاز ؛ لأنه نائب عن المسلمين فجرى إذنه مجرى إذنهم .

وأما كون فعل ذلك في ملك إنسان أو درب غير نافذ بغير إذن أهله لا يجوز ؛ فلما تقدم ذكره .

وأما كونه يجوز إذا أذن فيه أهله ؛ فلأن المنع لحقهم فإذا رضوا بإسقاطه جاز .

فإن قيل : قول المصنف رحمه الله : إلا بإذن أهله يرجع إلى جميع ما تقدم أم لا؟

قيل : لا ؛ لأن أهل الطريق النافذ هو جميع المسلمين والإذن من جميعهم غير متصور فلا فائدة في الحكم عليه بالجواز .

وأما كون الصلح عن ذلك بعوض يجوز في وجه وهو قول أبي الخطاب ؛ فلأنه يجوز الصلح بغير عوض . فجاز بعوض ؛ كما لو كان القرار مبنياً .

وأما كونه لا يجوز في وجه وهو قول القاضي ؛ فلأنه بيع للهواء . وظاهر إطلاق المصنف رحمه الله[1] هذا الوجه الجواز سواء كان جناحاً أو ساباطاً أو دكاناً ، وصرح في الكافي بأن قول القاضي في الجناح والساباط ، ولم يذكر الدكان وهو صحيح يجب حمل إطلاق المصنف هنا عليه ؛ لأن تعليل القاضي لا يساعده في الدكان ؛ لكونها تبنى على القرار لا على هوائه .

قال : (وإذا كان ظهر داره في درب غير نافذ ففتح فيه باباً لغير الاستطراق جاز ويحتمل أن لا يجوز . وإن فتحه للاستطراق لم يجز إلا بإذنهم في أحد الوجهين ، وإن صالحهم جاز ، ولو كان بابه في آخر الدرب ملك نقله إلى أوله ، ولم يملك نقله إلى داخل منه في أحد الوجهين) .

أما كون من فتح باباً لغير الاستطراق في ظهر داره التي في درب غير نافذ يجوز على المذهب ؛ فلأن له رفع حائطه بالكلية فرفع بعضه أولى .

وأما كونه يحتمل أن لا يجوز ؛ فلأن الباب دليل الاستطراق . وليس له أن يستطرق ؛ لما يذكر بعد .

(١) في هـ زيادة : على.

وأما كون من فتحه للاستطراق بغير إذن أهل الدرب لا يجوز في وجهٍ ؛ فلأنه لا يجوز أن يجعل لنفسه حق الاستطراق في مكان مملوك لأهله لا حق له فيه .

وأما كونه يجوز في وجهٍ فلما ذكر قبل .

وأما كون ذلك يجوز مع الإذن ؛ فلأن الحق لهم فإذا رضوا بإسقاطه سقط .

وأما كون الصلح عن ذلك يجوز ؛ فلأن ذلك حقهم فجاز أخذ العوض عنه كسائر الحقوق .

وأما كون من بابه في آخر الدرب الذي ليس بنافذ يملك[1] نقله إلى أوله ؛ فلأنه يترك بعض حقه ؛ لأن له الاستطراق إلى آخره .

وأما كونه يملكه في وجهٍ ؛ فلأنه له رفع حائطه كله فرفع بعضه أولى .

ولأن ما يلي حائطه فناء له فملك فتح الباب فيه كحالة ابتداء البناء فإن له في الابتداء جعل بابه حيث شاء . فتركه له لا يسقط حقه منه .

قال : (وليس له أن يفتح في حائط جاره ولا الحائط المشترك روزنة ، ولا طاقاً إلا بإذن صاحبه . وليس له وضع خشبة عليه إلا عند الضرورة بأن لا يمكنه التسقيف إلا به . وعنه : ليس له وضع خشبة على جدار المسجد ، وهذا تنبيه على أنه لا يضع على جدار جاره) .

أما كون من ذكر ليس له فتح روزنة ولا طاق في حائط جاره ولا حائط مشترك بغير إذن صاحبه ؛ فلأن ذلك انتفاع بملك الغير فلم يجز بغير إذنه لا سيما إذا كان يضر ببنائه ويضعفه .

وأما كونه له ذلك مع الإذن ؛ فلأن الحق له فإذا أذن في إسقاطه سقط .

وأما كونه ليس له وضع خشبة عليه إذا لم يكن ضرورة ؛ فلما تقدم .

وأما كونه له ذلك في حائط جاره عند الضرورة على المذهب ؛ فلما روى أبو هريرة أن رسول الله ﷺ قال : « لا يمنعنَ أحدكمْ جارهُ أن يضعَ خشبَهُ على جدارهِ

---

(١) في هـ: ملك.

فنكسّ القوم رؤوسهم . فقال أبو هريرة : ما لي أراكمْ عنها مُعرضين ؟ والله لأرمينها بينَ أكتافكُم »[1] متفق عليه .

ولأنه انتفاع لا يضر بالمالك فلم يمنع منه كالاستظلال بحائطه والجلوس في ضوء مصباحه .

فإن قيل : ما معنى قول أبي هريرة : « لأرمينها بين أكتافكم » .

قيل معناه : لأضعن هذه السنة بين أكتافكم ولأحملنكم على العمل بها .

وقيل معناه : لأكلفنكم ذلك ولأضعن جذوع الجيران على أكتافكم ضرباً للمثل وقصداً للمبالغة .

وأما قول المصنف رحمه الله : بأن لا يمكنه التسقيف إلا به فتفسير للضرورة المشترطة عنده . وظاهره أنه لا فرق بين من كان له حائط واحد أو حائطان . وصرح به في المغني ، وحكى فيه عن القاضي وأبي الخطاب : ليس هذا في كلام أحمد ، وعلل ما ذهب إليه بأنه قد يمتنع عليه التسقيف على حائطين لكون البيت واسعاً لا يصل إليه الخشب . وإنما اشترطت الضرورة ؛ لأن مقتضى الدليل عدم جواز الانتفاع بملك الغير بغير إذنه . ترك العمل به عند الضرورة للضرورة فيجب أن يبقى فيما عداه على مقتضاه . ولا بد أن يلحظ أنه لا ضرر في ذلك فإن كان يضر بأن يهدم الحائط أو يضعفه لم يكن له ذلك ؛ لأن النبي ﷺ قال : « لا ضرر ولا إضرار »[2] رواه مالك وابن ماجة والدارقطني .

فإن قيل : حديث أبي هريرة مطلق فلم اشترط ما ذكر من الضرورة وعدم الضرر ؟

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٣٣١) ٢: ٨٦٩ كتاب المظالم، باب لا يمنع جاره أن يغرز خشبه في جداره.

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٦٠٩) ٣: ١٢٣٠ كتاب المساقاة، باب غرز الخشب في جدار الجار.

(٢) أخرجه ابن ماجة في سننه (٢٣٤١) ٢: ٧٨٤ كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره. قال في الزوائد: في إسناده جابر الجعفي متهم.

وأخرجه مالك في الموطأ (٣١) ٢: ٥٧١ كتاب الأقضية، باب القضاء في المرفق. ولفظهما : « لا ضرر ولا ضرار » .

وأخرجه الدارقطني في سننه (٨٥) ٤: ٢٢٨ كتاب في الأقضية والأحكام وغير ذلك، في المرأة تقتل إذا ارتدت. باللفظ الذي ساقه المصنف.

قيل : أما الأول فيجب حمل الحديث عليه لما تقدم من أن مقتضى الدليل عدم جواز الانتفاع بملك الغير . ترك العمل به عند الضرورة للضرورة فيجب أن يبقى فيما عداها على مقتضاه .

وقال بعض أصحابنا : لا يشترط ذلك عملاً بعموم الخبر .

قال المصنف في المغني : أشار ابن عقيل إلى جواز ذلك وقال : ليس لنا مباح تعتبر في إباحته الحاجة . بدليل انتزاع الشقص المشفوع والفسخ بالخيار . فكذلك هاهنا .

وأما الثاني ؛ فلأن قوله : « لا ضرر ولا ضرار »[1] يدل عليه فيجب أن يحمل حديث أبي هريرة عليه جمعاً بينهما .

وأما كونه له وضع خشبة على الحائط المشترك عند الضرورة المتقدم ذكرها على المذهب ؛ فلأنه إذا كان له ذلك في حائط جاره مع أنه لا حق له فيه ، فلأن يكون له ذلك في الحائط المشترك وله فيه حق بطريق الأولى .

وأما كونه له وضع خشبة على جدار المسجد عند وجود الضرورة وعدم الضرر على المذهب ؛ فلأنه إذا جاز في ملك الجار مع أن حقه مبني على الشح والضيق ففي حق الله المبني على المسامحة والمساهلة أولى .

وأما كونه ليس له ذلك على رواية ؛ فلأن القياس يقتضي المنع . ترك في ملك الجار للخبر فيبقى في غيره على مقتضاه .

وأما كونه لا يضع خشبه على جدار جاره على رواية مأخوذة مما ذكر من الرواية الثانية في جدار المسجد ؛ فلأنه إذا لم يكن له ذلك مع أن له فيه حقاً ؛ لأنه من المسلمين والمسجد مشترك بينهم ؛ فلأن لا يكون له ذلك في ملك الغير المختص به بطريق الأولى .

---

(١) سبق تخريجه ص: ٦٢١.

قال : (وإن كان بينهما حائط فانهدم فطالب أحدهما صاحبه ببنائه معه أجبر عليه . وعنه : لا يجبر لكن ليس له منعه من بنائه ، فإن بناه بآلته فهو بينهما . وإن بناه بآلة من عنده فهو له وليس للآخر الانتفاع به ، فإن طلب ذلك خيّر الباني بين أخذ نصف قيمته منه وبين أخذ آلته) .

أما كون الممتنع من البناء مع شريكه يجبر عليه على المذهب ؛ فلما فيه من إزالة الضرر عن شريكه .

وأما كونه لا يجبر عليه على روايةٍ ؛ فلأنه ملك لا حرمة له في نفسه . فلم يجبر مالكه على الإنفاق عليه ؛ كما لو انفرد به .

قال القاضي : أصحهما أنه يجبر لأن في ترك البناء إضراراً بالشريك فأجبر عليه كما يجبر على القَسْم إذا طلبه شريكه وعلى النقض إذا خيف سقوطه . ويؤيده قوله عليه السلام : « لا ضرر ولا ضرار »[1] . وعدم حرمة الملك إن لم يوجب فحرمة شريكه الذي يتضرر بترك البناء يوجب . وفارق الملك المنفرد من حيث إنه لا يفوت به حق أحد ولا يتضرر به .

وأما كونه على روايةٍ أنه لا يجبر : ليس للشريك منع شريكه من بنائه ؛ فلأن له حقاً في الحمل[2] ورسماً في الحائط فلا[3] يجوز منعه من ذلك .

وأما كون الحائط مشتركاً بينهما إذا بناه بآلته ؛ فلأن آلته مشتركة وقد عادت فيجب أن تعود كما كانت .

ولأن الباني إنما أنفق على التأليف وذلك أثر لا عين يملكها .

وظاهر كلام المصنف هنا وفي المغني والكافي أنه لا يملك منع شريكه من وضع ما كان له عليه ؛ لأنه ذكر المنع في المسألة التي تأتي دون هذه .

---

(١) سبق تخريجه ص: ٦٢١.

(٢) في و: الجملة.

(٣) في هـ: ولا.

ولأنه قال في الكافي : عاد بينهما كما كان برسومه وحقوقه ؛ لأنه عاد بعينه .
وصرح صاحب النهاية بذلك فيها ، فقال : فإن بناه بآلته فهو بينهما على الشركة ولا يلزم شريكه أجرة البنائين ، وليس لشريكه أن يمنعه أن ينتفع بأعيان ملكه .

وفيما ذكره الأصحاب نظر . وينبغي أن الباني يملك منع شريكه من التصرف فيه حتى يؤدي ما يخصه من الغرامة الواقعة بأجرة المثل ؛ لأنه لو لم يكن كذلك لأدى إلى ضياع حق الشريك .

ولأنا إذا أجبرناه على العمارة نجبره على وزن أجرة البناء كما نجبره على وزن ثمن الآلات فيجب أنه إذا وزنها الشريك يرجع بها كما لو وزن ثمن الآلات فإنه يرجع بها .

ولأن الأصحاب اتفقوا على أن للشريك أن يمنع شريكه من التصرف فيما إذا بناه بآلة من عنده حتى يؤدي ما يخصه من قيمة البناء وذلك اسم الآلة مع التأليف فإذا وجب الرجوع بقيمة التأليف مع قيمة الآلة فما المانع من وجوب رد قيمة التأليف المنفرد .

وأما كون البناء للباني إذا بناه بآلة من عنده ؛ فلأنه ملكه .

وأما كون الآخر ليس له الانتفاع به -والمراد قبل أداء ما يجب عليه-؛ فلأنه يتصرف في ملك الغير بغير إذنه .

وأما كون الباني يجبر بين أخذ نصف قيمته من شريكه إذا طلب الانتفاع به وبين أخذ آلته ؛ فلأنه ليس له إبطال حق شريكه ، وفي أخذ القيمة جمع بين الحقين ، وفي أخذ الآلة تمكين للغير من استيفاء حقه .

قال : (وإن كان بينهما نهر أو بئر أو دولاب أو ناعورة أو قناة واحتاج إلى عمارة ففي إجبار الممتنع روايتان . وليس لأحدهما منع صاحبه من عمارته وإذا عمّره فالماء بينهما على الشركة) .

أما كون الممتنع في الصورة المذكورة يجري فيه الخلاف المذكور ؛ فلما تقدم قبل .

وأما كون أحدهما ليس له منع صاحبه من عمارته ؛ فلما تقدم أيضاً .

وأما كون الماء بينهما على الشركة ؛ فلأن عامر ذلك ليس له فيه عين بل أثر فيجب أن يعود بينهما على ما كان كما لو بنى الحائط المشترك بآلته ، ويجيء في هذا ما تقدم من النظر ؛ لأنه مثله .

كتاب الحجر

[1] الحجر في اللغة: المنع . ومنه سمي الحرام حجراً ؛ لأنه ممنوع منه . قال الله تعالى: ﴿ويقولون حِجْراً محجوراً﴾ [الفرقان:٢٢] أي حراماً محرماً. ويسمى العقل حِجراً لأنه يمنع صاحبه من ارتكاب ما يقبح قال الله تعالى: ﴿هل في ذلك قسم لذي حِجْر﴾ [الفجر:٥] أي لذي عقل.

وفي الشرع: منع المحجور عليه من التصرف فيما حجر عليه فيه.

قال المصنف رحمه الله: (وهو على ضربين: حجر لحق الغير. نذكر منه هاهنا الحجر على المفلس).

أما كون الحجر على ضربين ؛ فلأنه تارة يكون لحق غير المحجور عليه ، وتارة يكون لحق المحجور عليه وسيأتي بيانهما في مواضعهما.

وأما قول المصنف رحمه الله: نذكر منه هاهنا الحجر على المفلس فمشعر بأمرين:

أحدهما: أن الحجر لحق الغير يكون لغير المفلس وهو صحيح لأن المريض مرض الموت يحجر عليه في التصرف بالزائد على الثلث لحق الورثة ، والمكاتب والمأذون له[2] يحجر عليهما لحق سيدهما.

وثانيهما: أن المقصود هاهنا ذكر الحجر على المفلس الذي الحجر عليه لأجل غرمائه لأن ما عدا ذلك يذكر في مواضعه إن شاء الله تعالى.

فإن قيل: ما المفلس ؟

قيل: الذي دَينه أكثر من ماله ، وفي قوله ﷺ: «ولكن المُفلسَ من يأتي يومَ القيامةِ بحسنات أمثالَ الجبالِ وقد ظلمَ هذا ، ولطمَ هذا ، وأخذَ من عرضِ هذا. فيأخذُ هذا من حسناتهِ وهذا من حسناتهِ . فإن بقيَ عليه شيء أُخذَ من سيئاتهمْ فردّ عليه ثم صكّ له[3]

---

(١) ورد العنوان في و: باب الحجر.

(٢) في هـ زيادة : فيما.

(٣) ساقط من هـ.

صكاً إلى النار »[1]: تنبيه على ذلك لأنه أخبر أن المفلس له حسنات أمثال الجبال لكنها كانت دون ما عليه.

قال: (ومن لزمه دين مؤجل لم يُطالب به قبل أجله ، ولم يحجر عليه من أجله ، فإن أراد سفراً يحل الدين قبل مدته فلغريمه منعه إلا أن يوثقه برهن أو كفيل ، وإن كان لا يحل قبله ففي منعه روايتان).

أما كون من لزمه دين مؤجل لا يطالب به قبل أجله ؛ فلأن الدين المؤجل لا يلزم أداؤه قبل الأجل ومن شرط المطالبة لزوم الأداء.

وأما كونه لا يحجر عليه من أجله ؛ فلأن المطالبة به لا تستحق فكذا الحجر.

وأما كون الغريم له منع غريمه من سفر يحل الدين قبل مدته عند عدم التوثقة ؛ فلأن في ذلك تأخيراً لحقه عن محِلّه . فملك منعه ؛ كنفس التأخير.

وأما كونه ليس له منعه مع التوثقة ؛ فلأن ضرر التأخير يزول بذلك لتمكنه من الاستيفاء عند مَحِلّه من الرهن أو الكفيل.

وأما كونه له منعه من سفر لا يحل الدين قبل مدته في روايةٍ ؛ فلأن قدومه قبل المحِلّ غيرُ متيقن ولا ظاهر . أشبه ما لو كان السفر طويلاً.

وأما كونه ليس له ذلك في روايةٍ ؛ فلأنه لا يستلزم تأخير حقه بخلاف المسألة قبل.

قال المصنف في المغني بعد رواية المنع: هو ظاهر كلام أحمد.

قال: (وإن كان حالاً وله مال يفي به لم يحجر عليه ويأمره الحاكم بوفائه . فإن أبى حبسه . فإن أصر باع ماله وقضى دينه).

أما كون من ذكر لا يحجر عليه ؛ فلأن الغرماء يمكنهم المطالبة بحقوقهم في الحال فلا حاجة إلى الحجر.

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (٢٥٨١) ٤: ١٩٩٧ كتاب البر والصلة والآداب، باب تحريم الظلم.
وأخرجه الترمذي في جامعه (٢٤١٨) ٤: ٦١٣ كتاب صفة القيامة، باب ما جاء في شأن الحساب والقصاص. قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح.

وأما كون الحاكم يأمره بالوفاء ؛ فلأن الغرماء إذا طلبوا ذلك منه تعين عليه لما فيه من فصل القضاء المرصد له.

وأما كونه يحبسه إذا أبى ذلك ؛ فلأن كل ممتنع من وفاء حقٍّ عليه يجب حبسه إذا كان قادراً عليه حتى يوفي ، وما لا يتم الواجب إلا به واجب.

قال: (فإن ادعى الإعسار وكان دينه عن عوض كالبيع والقرض ، أو عرف له مال سابق حبس إلا أن يقيم البينة على نفاد ماله وإعساره . وهل يحلف معها؟ على وجهين . وإن لم يكن كذلك حلف وخلي سبيله).

أما كون من ادعى الإعسار وكان دينه عن عوض ، أو عرف له مال سابق يحبس إذا لم[1] يقم البينة على نفاده وإعساره ؛ فلأن الأصل بقاء ماله وإذا كان باقياً تعين حبسه ليقضي دينه ؛ كالمقر بيساره . ولا بد أن يُلحظ أن صاحب الدين مكذب للمدعي في دعواه لأنه لو صدقه لكان كما لو قامت البينة بإعساره . وسيأتي ذكره.

وأما كونه لا يحبس إذا أقام البينة على ذلك ؛ فلأن البينة تظهر الإعسار فيجب إنظاره لقوله تعالى: ﴿وإن كان ذو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٌ﴾ [البقرة:٢٨٠] ، وقول النبي ﷺ لغرماء الذي أصيب في ثمار ابتاعها وكثر دينه: «خُذوا ما وَجدتمْ وليسَ لكمْ إلا ذلك »[2].

ولأن الحبس إما أن يكون لإثبات عسرته أو ليقضي دينه ، وعسرته ثابتة والقضاء متعذر . وإذا كان كذلك لم يكن في الحبس فائدة.

وأما صفة ما تشهد به البينة فظاهر كلام المصنف هنا أنها لا بد وأن تشهد على النفاد . وذكر في المغني أن البينة إن شهدت بالتلف سُمِعت وإن لم تكن من أهل الخبرة الباطنة ، وإن شهدت بالإعسار لم تسمع إلا أن تكون من أهل الخبرة الباطنة والمعرفة المتقادمة لأن الإعسار من الأمور الباطنة التي لا يعلمها إلا أهل الخبرة الباطنة والمخالطة . وفي هذا إشعار بأن البينة إن كانت من أهل الخبرة الباطنة كفى أن تشهد بالإعسار دون

---

(١) ساقط من هـ.

(٢) سيأتي تخريجه ص: ٦٤٥.

النفاد ، وإن لم يكن كذلك لم يكف بل لا بد من الشهادة على النفاد . وهو تفصيل حسن لأن البينة إذا كانت من أهل الخبرة الباطنة لزم من صحة شهادتهما نفاد المال بخلاف ما إذا لم يكن كذلك.

وأما كونه لا يحلف مع البينة على وجه ؛ فلأن في ذلك تكذيباً للبينة.

وأما كونه يحلف على وجه فلاحتمال أن يكون له مال لا يُعلم.

وأما كونه يخلى سبيله ؛ فلأن الأصل أنه لا مال له.

قال: (وإن كان له مال لا يفي بدينه فسأل غرماؤه الحاكم الحجر عليه لزمته إجابتهم . ويستحب إظهاره ، والإشهاد عليه).

أما كون الحاكم يلزمه إجابة غرماء المفلس إذا سألوه الحجر عليه ؛ فلأن النبي ﷺ حجر على معاذ لما سأل غرماؤه ذلك، وفي الحديث عن عبدالرحمن بن كعب قال: «كان معاذ[1] من أفضلِ شبابِ قومه ، ولم يكن يُمسكُ شيئاً . فلم يزلْ يَدّان حتى أُغرقَ مالهُ في الدينِ . فكلمَّ النبيَّ ﷺ غرماؤُه . ولو تُركَ أحدٌ من أجلِ أحد لتُركَ معاذٌ من أجلِ رسولِ الله ﷺ . فباعَ لهمْ رسولُ الله ﷺ مالهُ حتى قام معاذٌ بغيرِ شيء »[2].

وأما كون إظهار الحجر والإشهاد عليه يستحب ؛ فلأن في ذلك إعلاماً للناس بحاله ، فلا يعامله أحد إلا على بصيرة وظنِّ فَوات ما عامله به[3].

---

(١) ساقط من هـ.

(٢) أخرجه عبدالرزاق في مصنفه (١٥١٧٧) ٨: ٢٦٨ كتاب البيوع، باب المفلس والمحجور عليه.

وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦: ٤٨ كتاب التفليس، باب الحجر على المفلس وبيع ماله في ديونه.

(٣) زيادة من ج.

فصل [في أحكام الحجر]

قال المصنف رحمه الله: (ويتعلق عليه بالحجر أربعة أحكام:

أحدها: تعلق حق الغرماء بماله. فلا يقبل إقراره عليه. ولا يصح تصرفه فيه إلا العتق على إحدى الروايتين).

أما كون المال المذكور يتعلق به أربعة أحكام إذا حجر على مالكه فلما يأتي ذكره في مواضعه.

وأما كون حق الغرماء يتعلق به؛ فلأنه لو لم يكن كذلك لما كان في الحجر فائدة.

ولأنه يباع في ديونهم فكانت حقوقهم متعلقة به كالرهن.

وأما كونه لا يقبل إقراره عليه؛ فلأنه مال متعلّق به حق الغير فلم يقبل الإقرار عليه كالعين المرهونة.

وأما كونه إذا تصرف فيه بغير العتق لا يصح فلما ذكر.

ولأنه محجور عليه بحكم الحاكم فلم يصح تصرفه فيه كالسفيه.

وأما كونه إذا تصرف بالعتق لا يصح على رواية فلما ذكر.

ولأن حق الغرماء تعلق بماله فمنع صحة عتقه كما لو كان مريضاً.

وأما كونه يصح على روايةٍ؛ فلأنه عتق من مالك رشيد صحيح. أشبه عتق الراهن.

ولأن للشارع تشوفاً إلى العتق. ولذلك صحح معلقه وكمثل مبعضه.

قال صاحب النهاية فيها: لعل الأول أولى لأن الحاكم لم ينشئ الحجر إلا[1] للمنع من التصرف، وفي صحة العتق إبطال لذلك.

---

(١) ساقط من هـ.

قال: (وإن تصرف في ذمته بشراء، أو ضمان، أو إقرار: صح. ويُتّبع به بعد فك الحجر عنه).

أما كون تصرف المفلس في ذمته يصح؛ فلأنه أهل للتصرف، والحجر تعلق بماله لا بذمته فوجب أن يصح تصرفه في ذمته عملاً بأهليته السالمة عن معارضة الحجر.

وأما كونه يُتّبع به بعد فكّ الحجر عنه؛ فلأنه حق عليه لم يمكن تعلقه بماله قبل فك الحجر لحق الغرماء فوجب أن يُتّبع به بعد فكّ الحجر عنه لزوال المعارض. ومفهوم كلام المصنف رحمه الله: أن من اشترى منه أو ضمن له أو أقر له ليس له مشاركة الغرماء وهو صحيح صرح به في المغني لأن من علم فقد رضي بالتأخير ومن لم يعلم فقد فرّط.

قال: (وإن جنى شارك المجنيُّ عليه الغرماء. وإن جنى عبدُه قُدّم حق المجني عليه بثمنه).

أما كون من جنى عليه المفلسُ يشارك الغرماء؛ فلأن حقه ثبت على الجاني بغير اختيارِ من له الحق، ولم يرض بتأخيره. بخلاف التي قبلها.

فإن قيل: لِمَ لم يقدم أرش الجناية هنا على الغرماء كما تقدم جناية العبد المرهون [على حق المرتهن؟

قيل: لأن دين الجناية والغرماء متعلق فيهما بالذمة بخلاف جناية العبد المرهون][1] فإنها متعلقة بالعين تفوت بفواتها.

وأما كون من جنى عليه عبده يقدم بثمنه؛ فلأنه يقدم حقه على المرتهن الذي يقدم على سائر الغرماء؛ فلأن يقدم على الغرماء بطريق الأولى.

---

(١) ساقط من هـ.

فصل [الحكم الثاني]

قال المصنف رحمه الله: (الثاني: أن من وجد عنده عيناً باعها إياه فهو أحق بها. بشرط أن يكون المفلس حياً، ولم ينقد من ثمنها شيئاً، والسلعة بحالها لم يتلف بعضها، ولم تتغير صفتها بما لا يزيل اسمها؛ كنسج الغزل، وخبز الدقيق، ولم يتعلق بها حقٌّ من شفعة أو جناية أو رهن ونحوه، ولم تزد زيادة متصلة كالسمن وتعلم صنعة. وعنه: أن الزيادة لا تمنع الرجوع).

أما كون من وجد عينه التي باعها عند من قد أفلس أحق بها؛ فلما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال: «منْ أدركَ متاعَهُ بعينِه عندَ إنسانٍ قدْ أفلسَ فهوَ أحقُّ به»[1] رواه البخاري ومسلم.

ولأن الثمنَ أحدُ عوضي العقد. فتعذره يثبت خيار الفسخ؛ كتعذر المسلَم فيه.

وأما ما يشترط لذلك فأمور:

أحدها: أن يكون المفلس حياً. فإن كان قد مات ثم تبين أنه كان مفلساً كان الذي باعها أسوةَ الغرماء؛ لما روى أبو هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «أيما امرئ ماتَ وعندهُ مالُ امرئٍ بعينِه، اقتضَى منهُ شيئاً أو لم يقتَضِ، فهوُ أسوةٌ للغُرماء[2]»[3] رواه ابن ماجة.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٢٧٢) ٢: ٨٤٦ كتاب الاستقراض، باب إذا وجد ماله عند مفلسٍ في البيع والقرض والوديعة فهو أحق به.

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٥٩) ٣: ١١٩٣ كتاب المساقاة، باب من أدرك ما باعه عند المشتري وقد أفلس فله الرجوع فيه.

(٢) في هـ: أسوة أمثاله.

(٣) أخرجه ابن ماجة في سننه (٢٣٦١) ٢: ٧٩١ كتاب الأحكام، باب من وجد متاعه بعينه عند رجل قد أفلس.

وفي روايةٍ أبي داود في حديث المفلس عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «فإنْ[1] ماتَ فصاحبُ المتاعِ أسوةُ الغُرماء»[2].

ولأن الملك انتقل عن المفلس إلى الورثة. فلم يكن لصاحب المتاع أخذه؛ كما لو باعه المفلس.

وثانيها: أن لا يكون نقد من ثمنها شيئاً. فإن كان قد نقد منه شيئاً فهو أسوة الغرماء؛ لأن في حديث أبي هريرة: «وإن كان قبض من ثمنها شيئاً فهو أسوة الغرماء»[3]. رواه أبو داود وابن ماجة والدارقطني.

ولأن في الرجوع في قسط ما بقي تبعيضاً للصفقة على المشتري وإضراراً به، وليس ذلك للبائع.

فإن قيل: ليس فيه ضرر لأن مال المفلس يباع ولا يبقى له.

قيل: الضرر متحقق مع البيع فإنه لا يُرغب فيه مُشَقَّصاً بمثل ما يرغب فيه غير مُشَقَّص فينقص ثمنه فيتضرر المفلس والغرماء.

ولأنه سبب يُفسخ به البيع. فلم يجز مع تشقيصه؛ كالرد بالعيب والخيار.

ولا فرق بين كون المبيع عيناً واحدة أو عينين لما ذكر من الحديث والمعنى. ذكره المصنف في المغني.

وثالثها: أن تكون السلعة لم يتلف بعضها. فإن كان قد تلف بعضها؛ كعبدٍ قطعت يده، أو قلعت عينه، أو ثوبٍ ذهب بعضه، أو دارٍ انهدم بعضها، أو شجرٍ مثمر تلف ثمره، أو نحوِ ذلك: لم يكنْ البائع أحق به؛ لأن النبي ﷺ قال: «منْ أدركَ

---

(١) في هـ: من.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٣٥٢٢) ٣: ٢٨٧ كتاب البيوع، باب في الرجل يفلس فيجد الرجل متاعه بعينه عنده.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٣٥٢١) الموضع السابق.

وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٣٥٩) ٢: ٧٩٠ كتاب الأحكام، باب من وجد متاعه بعينه عند رجل قد أفلس.

وأخرجه الدراقطني في سننه (١٠٩) ٣: ٢٩-٣٠ كتاب البيوع.

متاعَهُ بعينِه عندَ إنسانٍ قدْ أفلسَ فهوَ أحقُّ به »[1] . شرط في كونه أحق به أن يدركه بعينه ، والتالف بعضه لم يدركه بعينه .

ولا فرق بين أن يرضى به بجميع الثمن وبين أن يأخذ الموجود بقسط من الثمن ؛ لأنه فات شرط الرجوع.

فإن قيل: لو كان المبيع عينين كان الحكم كذلك.

قيل: فيه روايتان : إحداهما: أن يكون كذلك ؛ لأنه لم يوجد المبيع بعينه . أشبه ما لو كان عيناً واحدة.

وثانيهما: أنه يرجع في الباقي بقسطه من الثمن لأنه متاع وجده بعينه فيدخل في عموم الخبر.

فإن قيل: فما الفرق على هذه الرواية بين ذلك وبين ما إذا قبض من الثمن شيئاً؟

قيل: الفرق بينهما أن المقبوض من الثمن مقسط على المبيع فيقع القبض من ثمن كل واحدة من العينين ، وقبض شيء من ثمن ما يريد الرجوع فيه مبطل له . بخلاف التلف فإنه لا يلزم من تلف بعض أحد العينين تلف شيء من العين الأخرى.

ورابعها: أن لا يغير صفة السلعة بما يزيل اسمها . فإن غيّر صفتها بما يزيل اسمها ؛ كغزل نُسِجَ ، ودقيق خُبِز ، وحنطة طُحنت ، وزيت عمل صابوناً ، وثوب فُصِّلَ قميصاً ، وخشبة جعلت باباً ، ونحو ذلك : لم يكن البائع أحق به ؛ لأنه لم يجد متاعه بعينه فلم يكن له الرجوع كما لو تلف.

ولأنه تغير اسم المبيع وصفته . فلم يملك الرجوع ؛ كما لو كان نوى فنبت شجراً.

وفي تقييد المصنف رحمه الله: التغيير بما يزيل الاسم إشعار بأنه لو تغير بما يزيل الاسم لم يمنع الرجوع وسيأتي مصرحاً به في قوله: وإن صبغ الثوب أو قصره لم يمنع الرجوع.

وخامسها: أن لا يتعلق بالسلعة حقٌّ من شفعة أو جناية أو رهن . فإن تعلق بها أحد ذلك منع البائع الرجوع :

---

(١) سبق تخريجه ص: ٦٣١.

أما كون الشفعة تمنع ذلك ؛ فلأن الشفيع حقه أسبق لأنه ثبت بالبيع والبيع ثبت حقه بالحجر وإذا كان حقه أسبق كان أولى لسبقه.

ولأن حقه آكد لأنه يستحق انتزاع العين من المشتري وممن نقلها إليه المشتري وحق البائع ليس كذلك.

وقال ابن حامد: للبائع أخذ ذلك لعموم الخبر.

ولأنه إذا رجع فيه عاد الشقص إليه وزال الضرر عنه وعن الشفيع لأنه عاد كما كان قبل البيع و لم تتجدد شركة لغيره .

والأول أولى لما ذكر . وما ذكر من زوال الضرر غير مُسَلَّم . بدليل ما لو باعها المشتري من البائع أو أقاله فيها فإن للشفيع الأخذ بالشفعة ، ولو زال الضرر لم يملك ذلك.

وأما كون الجناية تمنع ؛ فلأن الرهن يمنع الرجوع وحق الجناية مقدم عليه فأولى أن يمنع.

قال المصنف في المغني: ويتوجه أن يقال: لا يمنع لأنه حق[1] لا يمنع تصرف السيد بالبيع وغيره فلا يمنع الرجوع كما لو ثبت في ذمته دين.

وأما كون الرهن يمنع ؛ فلأن المفلس عقد قبل الفلس عقداً منع نفسه من التصرف فلم يكن للبائع الرجوع كما لو باعه أو وهبه.

ولأن في الرجوع إضراراً بالمرتهن ، ولا يزال الضرر بالضرر.

وسادسها: أن لا تزيد زيادة متصلة . فإن زادت زيادة متصلة كالسِّمَن والكِبَرِ وتعلمِ صنعة لم يكن البائع أحق بها لأن الرجوع فسخ لسبب حادث فلم يملكه في عين المال الزائدة زيادة متصلة ؛ كفسخ النكاح بالإعسار أو الرضاع . وهذا قول الخرقي . ذكره المصنف في المغني .

ومنصوص الإمام أحمد –رحمة الله عليه– أن ذلك لا يمنع ؛ لعموم قوله عليه السلام: « منْ أدركَ متاعَهُ بعينِه عندَ إنسانٍ قدْ أفلسَ فهوَ أحقُّ به »[2].

---

(١) في هـ: لا حق.

(٢) سبق تخريجه ص: ٦٣١.

ولأنه فسخ لا يمنع منه الزيادة المتصلة كالرد بالعيب .

وفارق الرد هنا الرد بالفسخ بالإعسار أو الرضاع من حيث إن الزوج يمكنه الرجوع في قيمة العين فيحصل له حقه تاماً . وهاهنا لا يمكن البائع الرجوع في جميع الثمن لمزاحمة الغرماء فلا يحصل له حقه تاماً .

وفرق المصنف رحمه الله -مؤيداً لقول الخرقي- بين الرد هنا وبين الرد بالعيب من وجهين:

أحدهما: أن العيب معنى قارن العقد بخلاف الرد هنا فإنه بسبب حادث وهو الحجر على المشتري.

والثاني: أن المشتري هو الفاسخ فيكون فسخه رضاً بترك الزيادة ، والفسخ هنا من البائع فلا يكون فسخه رضاً بترك حق المشتري.

قال: (فأما الزيادة المنفصلة والنقص بهزال أو نسيان صنعة فلا يمنع الرجوع ، والزيادة للمفلس . وعنه : للبائع).

أما كون الزيادة المنفصلة كالولد والثمرة والكسب لا يمنع الرجوع ؛ فلأن البائع وجد عين ماله بعينه فكان أحق به للحديث.

ولأن المانع في الزيادة المتصلة مفقود في المنفصلة فكان أحق بعينه عملاً بالحديث السالم عن المعارض.

وأما كون الزيادة للمفلس وهو قول الخرقي ؛ فلأنه مُنع الرجوع بالزيادة المتصلة لكونها للمفلس فالمنفصلة أولى.

ولأن المنفصلة لا تتبع الأصل في الفسخ بدليل الرد بالعيب والخيار والرجوع في الصداق بالطلاق.

وأما كونها للبائع عند الإمام أحمد ؛ فلأنها زيادة فكانت للبائع كالمتصلة . وذكر المصنف هذه الرواية في المغني قولاً لأبي بكر ، وحكى عنه أنه أخذه من قول أحمد في ولد الجارية ونتاج الدابة هو للبائع . ثم قال: والأول هو الصحيح لأن الزيادة انفصلت في ملك المشتري فكانت له كما لو وجد بالمبيع عيباً فرده وقول النبي ﷺ: «الخراج

بالضمان »[1] يدل على أن النماء والغلة لمن كان عليه الضمان . وفارق الزيادة المتصلة من حيث إنها تتبع في الفسوخ ، وكلام أحمد يُحمل على أنه باعها حاملاً.

وأما كون النقص بذهاب صنعة كعبد هُزِل أو نسي صناعة ، أو ثوب فخَلِقَ لا يمنع الرجوع ؛ فلأن فقد الصفة لا تخرجه عن كونه عين ماله ، وإذا كان كذلك كان لبائعه أخذه لقوله عليه السلام: « منْ أدركَ متاعَهُ بعينه... الحديث »[2].

فإن قيل: هل له أن يأخذ عوض نقصه شيئاً ؟

قيل: لا . لكنه يتخير بين أخذه ناقصاً بجميع حقه ، وبين أن يضرب مع الغرماء بكمال ثمنه ؛ لأن الثمن لا يتقسط على صفة السلعة من سِمَنٍ وهُزال وعلم ونحوه . وإذا كان كذلك كان بمنزلة نقصان قيمته لتغير الأسعار.

قال: (وإن صبغ الثوب أو قصره لم يمنع الرجوع والزيادة للمفلس).

أما كون ما ذكر لا يمنع الرجوع ؛ فلأن العين قائمة مشاهدة لم يتغير اسمها ولا صفتها . أشبه ما لو وجدها غير مصبوغة ولا مقصورة.

وأما كون الزيادة للمفلس ؛ فلأنها حصلت بفعله في ملكه.

قال: (وإن غرس الأرض أو بنى فيها فله الرجوع ودفع قيمة الغراس والبناء فيملكه إلا أن يختار المفلس والغرماء القلع ومشاركته بالنقص. وإن أبوا القلع وأبى دفع القيمة سقط الرجوع).

أما كون البائع له الرجوع في المبيع بغرسه وبنائه فيملكه إذا دفع قيمة ذلك مع عدم اختيار المفلس والغرماء القلع ؛ فلأن الغراس والبناء حصل في ملكه لغيره بحق فكان له ذلك ؛ كالشفيع إذا غرس المشتري في الأرض المشفوعة أو بنى.

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٥١٠) ٣: ٢٨٤ كتاب البيوع، باب فيمن اشترى عبداً فاستعمله ثم وجد به عيباً.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٢٨٥) ٣: ٤٩٢ كتاب البيوع، باب ما جاء فيمن يشتري العبد ويستغله ثم يجد فيه عيباً.
وأخرجه النسائي في سننه (٤٤٩٠) ٧: ٢٥٤ كتاب البيوع، الخراج بالضمان.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٢٤٣) ٢: ٧٥٤ كتاب التجارات، باب الخراج بالضمان.

(٢) سبق تخريجه ص: ٦٣١.

وأما كونه ليس له ذلك إذا اختار المفلس والغرماء القلع ومشاركة البائع بالنقص ؛ فلأنه لا حق للبائع في الغراس والبناء فلا يملك إجبار مالكهما على المعاوضة.

فعلى هذا يرجع في أرضه ويضرب مع الغرماء بأرش ما نقصت الأرض بالقلع لأن ذلك نقصٌ حصل لتخليص ملك المفلس فكان عليه ؛ كما لو أدخل[1] فصيلاً دار إنسان فكَبِر . فأراد صاحبه إخراجه و لم يمكن إلا بهدم الباب . فإنه يُهدم ويخرج ويضمنُ ما نقص.

فإن قيل: لو وجد البائع عين ماله ناقصة فاختار الرجوع لم يكن له أرش النقص فلم لا يكون هاهنا كذلك؟

قيل: الفرق بينهما أن النقص هنا حدث بعد رجوعه في العين بخلاف ما ذكر.

وأما كونه يسقط الرجوع إذا امتنع المفلس والغرماء من القلع ، والبائع من دفع القيمة ؛ فلأن في الرجوع ضرراً على المشتري ، والضرر لا يزال بالضرر.

ولأن عين مال البائع صارت مشغولة بملك غيره فسقط حقه من الرجوع كما لو كان المبيع مسامير فسمر بها باباً أو خشبة فبنى عليها داراً.

وقال القاضي: يحتمل أن له الرجوع لأن أكثر ما فيه أنه مشغول بملك المفلس . فلم يمنع الرجوع ؛ كما لو كان المبيع ثوباً فصبغه المشتري.

فعلى هذا إذا رجع في الأرض بقي الغراس والبناء للمفلس فإن اتفق هو والغرماء والبائع على البيع بيعت الأرض بما فيها وأخذ كل واحد منهم بقدر حقه . وإن امتنع صاحب الأرض من البيع احتمل أن يجبر عليه كما لو كان المبيع ثوباً فصبغه ، واحتمل أن لا يجبر لأنه يمكن إفراد مال المفلس بالبيع بخلاف الثوب.

---

(١) في هـ : دخل.

فصل [الحكم الثالث]

قال المصنف رحمه الله: (الحكم الثالث: بيع الحاكم ماله وقسم ثمنه . وينبغي أن يحضره ويحضر الغرماء ، ويبيع كل شيء في سوقه).

أما كون الحاكم يبيع مال المفلس إذا حجر عليه ؛ فلأن النبي ﷺ لما حجر على معاذ باع ماله في دينه وقسم ثمنه بين غرمائه[1].

وروي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه خطب الناس وقال: «ألا إن أُسيْفَع[2] جهينة قد رضي من دَينه وأمانته بأن يقال: سبقَ الحاج فادّان معرضاً فأصبحَ وقد رِينَ به . فمنْ كانَ لهُ مالٌ فليحضرْ غداً فإنا بائعوا مالهُ ، وقاسموهُ بينَ غرمائه »[3].

ولأنه محجور عليه يحتاج إلى قضاء دينه فجاز بيع ماله فيه بغير رضاه ؛ كالصغير والسفيه.

وأما كون الحاكم ينبغي له أن يحضر المفلس في وقت البيع فلمعان أربعة:

أحدها: أنه يحصي ثمن متاعه ويضبطه.

وثانيها: أنه أعرف بالجيد من متاعه ورديئه فإذا حضر تكلم عليه ، وعرف الغبن من غيره.

وثالثها: أن تكثر فيه الرغبة . فإن شراء الشيء من صاحبه[4] أحب إلى المشترين.

ورابعها: أن ذلك أطيب لنفسه وأسكن لقلبه.

وأما كونه ينبغي له أن يُحضر الغرماء فلأمور أربعة أيضاً:

أحدها: أنه يباع لهم.

---

(١) سبق ذكره ص: ٦٢٨.

(٢) في هـ: أشيفع.

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦: ٤٩ كتاب التفليس، باب الحجر على المفلس وبيع ماله في ديونه.

(٤) في هـ: صاحب.

وثانيها: ربما رغبوا في شراء شيء منه فزادوا في ثمنه فيكون أصلح لهم وللمفلس.

وثالثها: أنه أطيب لقلوبهم وأبعد في التهمة.

ورابعها: أنه ربما كان فيهم من يجد عين ماله فيأخذها.

وظاهر كلام المصنف : أن ذلك غير واجب وهو صحيح ؛ لأن ذلك موكول إليه ومفوض إلى اجتهاده وربما أدى اجتهاده إلى خلاف ذلك بأن يرى المصلحة في المبادرة إلى البيع قبل الإحضار ونحو ذلك.

وأما كونه يبيع كل شيء في سوقه . ومعناه : أنه يبيع البز في البزازين ، والكتب في الكتبيين ، وما أشبه ذلك ؛ فلأنه أحوط وأكثر لطلابه ومعرفة ثمنه.

فإن قيل: لو بيع في غير سوقه بثمن مثله ما الحكم؟

قيل: يجوز ؛ لأن الغرض تحصيل الثمن.

فعلى هذا يكون قول المصنف رحمه الله: "ويبيع كل شيء في سوقه" معطوفاً على ويحضر[1] . ويقدر : وينبغي أن يبيع ؛ ليكون كلامه مشعراً بالجواز المذكور . ثم يستأنف : ويُترك له من ماله لأن ذلك واجب.

قال: (ويُترك له من ماله ما تدعو إليه حاجته من مسكن وخادم ، وينفق عليه بالمعروف إلى أن يفرغ من قسمه بين غرمائه).

أما كون الحاكم يترك للمفلس من ماله ما تدعو حاجته إليه من مسكن وخادم ؛ فلأن ذلك ما لا غنى له عنه فلم يبع في دينه كثيابه وقوته.

وأما كونه ينفق عليه بالمعروف إلى أن يفرغ من قسمه بين غرمائه ؛ فلأن ملكه قبل القسمة باق على ذلك .

ولأن[1] النبي ﷺ قال: «ابدأ بنفسك ثم بمن تعول»[2] . ومن المعلوم أن فيمن يعوله من تجب نفقته عليه ويكون ديناً عليه كالزوجة . فإذا قُدّم نفقةُ نفسه على نفقتها فكذا تُقدم على حق الغرماء.

---

(١) في هـ: يحضر.

ولأن الحي آكد حرمة من الميت ؛ لأنه[3] مضمون بالإتلاف ، وتجهيز الميت وتكفينه مقدم على دينه فنفقة الحي أولى.

قال: (ويُبدأ ببيع ما يسرع إليه الفساد ثم بالحيوان ثم بالأثاث ثم بالعقار . ويعطي المنادي أجرته من المال).

أما كون الحاكم يبدأ ببيع ما يسرع إليه الفساد كالبطيخ والطبيخ وما أشبههما ؛ فلأن بقاءه يتلفه بيقين.

وأما كونه يقدم بيع الحيوان على ما بعده ؛ فلأنه معرض للإتلاف ويحتاج في بقائه إلى نفقة.

وأما كونه يقدم بيع الأثاث على العقار ؛ فلأنه يخاف عليه وتناله اليد.

وأما كونه يعطي المنادي أجرته من المال ؛ فلأن البيع حق عليه.

وقال المصنف في المغني وأبو الخطاب في الهداية وغيرهما: الأجرة في بيت المال ؛ لأنه من المصالح . فإن لم يكن فمن المال لما تقدم . فيحتمل أن المصنف هنا قصد بقوله: أنه من المال ذلك . وإنما لم يذكر من بيت المال بناء على التعذر من بيت المال ؛ لأنه يومئذ لا يصرف منه شيء في مثل ذلك . ويحتمل أن يكون في المسألة وجهان ذكر أحدهما هنا وفي المغني الآخر .

ويشترط أن يكون المنادي ثقة فإن اتفق المفلس والغرماء على ثقة أمضاه الحاكم لوجود الشرط فيه ، وإن اتفقوا على غير ثقة رده.

⇨

(١) في هـ: فلأن.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٥٠٤١) ٥: ٢٠٤٨ كتاب النفقات، باب وجوب النفقة على الأهل والعيال، ولفظه: عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «خير الصدقة ما كان على ظهر غنى، وابدأ بمن تعول».

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٠٤٢) ٢: ٧٢١ كتاب الزكاة، باب كراهة المسألة للناس. ولفظه عن أبي هريرة قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «... فإن اليد العليا أفضل من اليد السفلى ، وابدأ بمن تعول ».

وفي (٩٩٧) ٢: ٦٩٢ كتاب الزكاة، باب الابتداء في النفقة بالنفس ثم أهله ثم القرابة.

وأخرجه النسائي في سننه (٤٦٥٢) ٧: ٣٠٤ كتاب البيوع، بيع المدبر. ولفظهما: «ابدأ بنفسك... ».

(٣) في هـ: لا.

فإن قيل: لم يرده وأصحاب الحق قد رضوا به ، وهلا كان ذلك مثل الراهن والمرتهن إذا اتفقا على غير ثقة ؟

قيل: لأن للحاكم هنا نظراً واجتهاداً فإنه قد يظهر غريم آخر فيتعلق حقه به بخلاف الرهن فإنه لا نظر للحاكم فيه .

فإن اختار المفلس والغرماء آخر قدم المتطوع منهما ؛ لأنه أوفر ، وإن كانا متطوعان ضم أحدهما إلى الآخر وإلا قدم أوثقهما وأعرفهما.

قال: (ويُبدأ بالمجني عليه فيدفع إليه الأقل من الأرش أو ثمن الجاني . ثم بمن له رهن فيخص بثمنه . فإن فضل له فضل ضرب به مع الغرماء . وإن فضل منه فضل رد على المال[1] . ثم بمن له عينُ مال يأخذها . ثم يقسم الباقي بين باقي الغرماء على قدر ديونهم . فإن كان فيهم من له دين مؤجل لم يحلّ . وعنه : أنه يحلّ فيشاركهم).

أما كون الحاكم يبدأ بالمجني عليه ؛ فلأنه حقه متعلق بالعين يفوت بفواتها . بخلاف بقية الغرماء.

وأما كونه يدفع الأقل مما ذكر إليه ؛ فلأن الأقل إن كان الأرش فهو لا يَستحق إلا أرش الجناية ، وإن كان ثمن الجاني فهو لا يستحق غيره ؛ لأن حقه متعلق بعينه.

فعلى هذا إذا فضل شيء من ثمن الجاني عن أرش الجناية قسم على بقية الغرماء.

وأما كونه يبدأ بعد ذلك بمن له رهن فيقدمه على بقية الغرماء ويخصصه بثمن الرهن ؛ فلأن المرتهن لم يرض بمجرد الذمة بخلاف بقية الغرماء.

فعلى هذا إن فضل للمرتهن فضل ضرب بما بقي له مع الغرماء لأنه ساواهم في ذلك ، وإن فضل من الرهن فضل رد على المال ؛ لأنه انفك من الرهن بالوفاء فصار كسائر أموال المفلس.

وأما كونه يبدأ بعد ذلك بمن له عين مال يأخذها ؛ فلما تقدم من قوله عليه السلام: «من أدركَ متاعَهُ بعينهِ عندَ إنسانٍ قدْ أفلسَ فهوَ أحقُّ به »[2] .

---

(١) في هـ: رد على الجاني.
(٢) سبق تخريجه ص: ٦٣١.

وأما كونه يقسم الباقي على باقي الغرماء ؛ فلتساوي حقوقهم في تعلقها بذمة المفلس.

وأما كون القسمة على قدر ديونهم ؛ فلأن فيه تسوية بينهم ومراعاة لكمية حقوقهم.

وأما كون من له دين مؤجل لا يحلّ بالفلس على المذهب ؛ فلأن التأخير حق للمفلس فلا يبطل بإفلاسه كسائر حقوقه.

ولأنه لا يوجب حلول ما له فلا يوجب حلول ما عليه ؛ كالجنون والإغماء.

ولأنه دين مؤجل على حي فلا يحل بالفلس كغيره.

وأما كونه يحل على روايةٍ ؛ فلأن الإفلاس يتعلق به الدين بالمال فأسقط الأجل كالموت .

والأول أصح لما ذكر . والقياس على الموت مردود بالمنع . ثم بتقدير تسليمه الفرق بينهما أن ذمة الميت خربت وبطلت بخلاف المفلس.

وقال المصنف في المغني: قال القاضي: لا يحل الدين بالفلس رواية واحدة.

قال: (ومن مات وعليه دين مؤجل لم يحلّ إذا وثق الورثة . وعنه : يحلّ).

أما كون من مات وعليه دين مؤجل لا يحل إذا وثق الورثة على المذهب فلما ذكر في الفلس.

وأما كونه يحل على روايةٍ ؛ فلأنه لا يخلو : إما أن يبقى في ذمة الميت ، أو الورثة ، أو متعلقاً بالمال . والأول لا يجوز لخراب الذمة بالموت ، وكذا الثاني لأن صاحب الدين لم يرض بذمة الورثة لا سيما إذا كانت مختلفة متباينة ، وكذا الثالث لأن في تعليق الدين بالمال مع كونه مؤجلاً ضرراً بالميت وصاحب الدين والورثة : أما ضرر الميت فلبقاء ذمته مرهَنة قال النبي ﷺ: «الميتُ مُرهَنٌ بدينه حتى يُقضَى عنه»[1].

وأما ضرر صاحب الدين ؛ فلأنه يتأخر دينه وقد تتلف العين فتسقط بالكلية.

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦: ٧٣ كتاب الضمان، باب وجوب الحق بالضمان. ولفظه: «... إنه ليس من ميت يموت وعليه دين إلا و هو مرهن بدينه... ».

وأما ضرر الورثة فظاهر لأنهم لا يتمكنون من الانتفاع بالأعيان .

والأول أصح ؛ لما ذكر.

ولأن التأجيل حق للميت فلا يسقط بالموت لقوله عليه السلام: «من ترك حقاً فلورثته »[1] ، وكسائر حقوقه.

وأما قول المصنف رحمه الله: لم يحل إذا وثق الورثة ففيه إشعار بحلوله إذا لم يوثقوا وهو صحيح صرح به في المغني وعلله بأن عدم الحلول يفضي إلى إسقاط دينه بالكلية.

قال: (وإن ظهر غريم بعد قسم ماله رجع على الغرماء بقسطه . وإن بقيت على المفلس بقية وله صنعة فهل يجبر على إيجار نفسه لقضائها؟ على روايتين).

أما كون الغريم الذي ظهر بعد القسمة يرجع على بقية الغرماء بقسط حقه ؛ فلأنه لو كان حاضراً قاسمهم فإذا ظهر بعد ذلك قاسمهم كالغريم للميت يظهر بعد قسمة تركته.

وأما كون المفلس يجبر على إيجار نفسه لقضاء دينه على روايةٍ فـ «لأن النبي ﷺ باع سُرَّقاً في دَينه »[2] ، والحر لا يباع فعلم أنه باع منافعه.

ولأن المنافع تجري مجرى الأعيان في صحة العقد عليها وتحريم أخذ الزكاة فكذا هاهنا.

ولأن الإجارة عقد معاوضة فجاز إجباره عليها كبيع ماله.

وأما كونه لا يجبر على روايةٍ ؛ فلأنه معسر فيدخل في قوله تعالى: ﴿وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة﴾ [البقرة:٢٨٠].

ولأن النبي ﷺ قال لغرماء الذي أصيب في ثمار ابتاعها: «خُذوا ما وَجدتمْ وليسَ لكمْ إلا ذلك »[3] رواه مسلم.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٦٣٥٠) ٦: ٢٤٧٦ كتاب الفرائض، باب قول النبي ﷺ: «من ترك مالاً فلأهله ».

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٦١٩) ٣: ١٢٣٧ كتاب الفرائض، باب من ترك مالاً فلورثته.

(٢) أخرجه الحاكم في مستدركه (٧٠٦٢) ٤: ١١٤ كتاب الأحكام. قال: هذا حديث صحيح على شرط البخاري و لم يخرجاه. قال في التلخيص: كذا قال ، وعبدالرحمن بن البيلماني لين ، و لم يحتج به البخاري.

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه (١٥٥٦) ٣: ١١٩١ كتاب المساقاة، باب استحباب الوضع من الدين. ⇦

ولأن ذلك تكسب فلا يجبر عليه كما لا يجبر على قبول الهبة والصدقة.

والأولى أصح لحديث سُرَّق.

فإن قيل: حديث سُرَّق منسوخ ؛ لأن الحر لا يباع الآن ، والبيع ثَمَّ وقع على رقبته . بدليل أن في الحديث أن غرماءه قالوا لمشتريه: «ما تصنع به ؟ قال: أعتقه. قالوا: لسنا بأزهد منك في إعتاقه فأعتقوه »[1].

قيل: هذا إثبات نسخ بالاحتمال . فلا يجوز . وذلك أنه لم يثبت أن بيع الحر كان جائزاً في شريعتنا في وقت . وحَمْلُ لفظ بيعه على بيع منافعه أسهل من حمله على النسخ وأحسن.

وقول المشتري: أعتقه . يعني به من خقي عليه . ولذلك أعتقه غرماؤه أي أسقطوا دينهم عليه.

وأما قوله تعالى: ﴿وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة﴾ [البقرة:٢٨٠] فمحمول على من لا صنعة له جمعاً بينه وبين الحديث المتقدم ، وكذا الذي أصيب في الثمار.

قال: (ولا ينفك عنه الحجر إلا بحكم حاكم . فإذا انفك عنه الحجر فلزمته ديون وحجر عليه شارك غرماءُ الحجر الأول غرماءَ الحجر الثاني. وإن كان للمفلس حق له به شاهد فأبى أن يحلف معه لم يكن لغرمائه أن يحلفوا).

أما كون المفلس لا ينفك عنه الحجر إلا بحكم حاكم ؛ فلأنه ثبت بحكمه فلا ينفك إلا بحكمه كالمحجور عليه لسفه.

⇨

وأخرجه أبو داود في سننه (٣٤٦٩) ٣: ٢٧٦ كتاب البيوع، باب في وضع الجائحة.

وأخرجه الترمذي في جامعه (٦٥٥) ٣: ٤٤ كتاب الزكاة، باب ما جاء من تحل له الصدقة من الغارمين وغيرهم. قال الترمذي: حديث حسن صحيح.

وأخرجه النسائي في سننه (٤٦٧٨) ٧: ٣١٢ كتاب البيوع، الرجل يبتاع البيع فيفلس ويوجد المتاع بعينه.

وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٣٥٦) ٢: ٧٨٩ كتاب الأحكام، باب تفليس المعدم والبيع عليه لغرمائه.

(١) هو تكملة لحديث سُرّق السابق ص: ٦٤٤. ولفظه: « ... قال: فجعل الناس يسومونه بي ويلتفت إليهم فيقول: ماذا تريدون ؟ فيقولون: نريد أن نفديه منك . فقال: والله إني منكم أحق وأحوج إلى الله عز وجل اذهب فقد أعتقتك ».

وأما كون غرماء الحجر الأول يشاركون غرماء الحجر الثاني إذا فك عنه الحجر ثم حجر عليه ثانياً ؛ فلأنهم تساووا في ثبوت حقوقهم في ذمته فوجب أن يتساووا في المشاركة كغرماء الميت.

وأما كون غرماء المفلس [لا يحلفون][1] إذا كان للمفلس حق له به شاهد فأبى أن يحلف معه ؛ فلأنهم يثبتون ملكاً لغيرهم ليتعلق به حقوقهم بعد ثبوته فلم يجز ؛ كما لم يجز للمزوجة أن تحلف لإثبات ملك لزوجها ليتعلق به نفقتها.

(١) ساقط من هـ .

فصل [الحكم الرابع]

قال المصنف رحمه الله: (**الحكم الرابع: انقطاع المطالبة عن المفلس، فمن أقرضه شيئاً أو باعه لم يملك مطالبته حتى يفك الحجر عنه**).

أما كون المفلس تنقطع المطالبة عنه بالحجر عليه؛ فلأن الله تعالى قال: ﴿وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة﴾ [البقرة:٢٨٠] لأن ﴿فنظرة﴾ خبر بمعنى الأمر، والتقدير: أنظروه إلى يساره.

ولأن النبي ﷺ قال لغرماء الذي أصيب في الثمار: «خُذوا ما وَجدتمْ وليسَ لكمْ إلا ذلك»[1] رواه مسلم.

وأما كون من أقرضه شيئاً بعد فلسه أو باعه لا يملك مطالبته حتى يفك الحجر عنه؛ فلما تقدم.

ولأنه هو الذي أتلف ماله بمعاملته من لا شيء له.

(١) سبق تخريجه ص: ٦٤٥.

فصل [في المحجور عليه لِحَظِّه]

قال المصنف رحمه الله: (الضرب الثاني: المحجور عليه لحَظِّه وهو الصبي والمجنون والسفيه، فلا يصح تصرفهم قبل الإذن. ومن دفع إليهم ماله ببيع أو قرض رجع فيه ما كان باقياً، وإن تلف فهو من ضمان مالكه علم بالحجر أو لم يعلم. وإن جنوا فعليهم أرش الجناية).

أما كون الحجر هنا لِحَظِّ المحجور عليه؛ فلأن مصلحته تعود عليه بخلاف المفلس فإن الحجر عليه لمصلحة غريمه.

وأما قول المصنف رحمه الله: وهو الصبي والمجنون والسفيه فبيان للمحجور عليه لحظه.

وأما كون الصبي يحجر عليه؛ فلأن الله تعالى لما قال: ﴿فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم﴾ [النساء:٦] دل بمفهومه على أنه لا يسلم إليهم قبل الرشد.

وأما كون المجنون يحجر عليه؛ فلأنه إذا حجر على الصبي مع أن له عقلاً؛ فلأن يحجر على المجنون الذي لا عقل له بطريق الأولى.

وأما كون السفيه يحجر عليه؛ فلأن الله تعالى قال: ﴿ولا تؤتوا السفهاء أموالكم... الآية﴾ [النساء:٥].

وأما كون من ذكر لا يصح تصرفهم قبل الإذن؛ فلأن المفلس إذا لم يصح تصرفه لكونه محجوراً عليه؛ فلأن لا يصح تصرف هؤلاء بطريق الأولى.

وأما تصرفهم بالإذن فينظر فيه فإن كان من مجنون لم يصح لعدم عقله وتمييزه، وإن كان من صبي مميز أو سفيه ففيه خلاف تقدم ذكره في الفصل الثاني من كتاب البيع.

وأما كون من دفع إليهم ماله ببيع أو قرض أو نحوهما يرجع إن كان باقياً؛ فلأنه باق على ملكه لكون أحد العاقدين ليس أهلاً.

وأما كون ذلك من ضمان مالكه إن تلف ؛ فلأنه تلف بتفريط من صاحبه وتسليطه[1] عليه.

وأما كون الحكم كما ذكر عَلِم المالك بالحجر أو لم يعلم ؛ فلأنه مفرّط في الحالين : أما مع علمه بالحجر عليه فظاهر ، وأما مع عدم علمه ؛ فلأنه عامل من لا يعرفه.

ولأن الظاهر العلم بحال من حُجر عليه فحيث لم يعلم ذلك يكون ذلك منسوباً إلى تقصيره.

وأما كون أرش الجناية على من ذكر إذا جنوا ؛ فلأن الإتلاف يستوي فيه الأهل وغيره . دليله إتلاف المال.

قال: (ومتى عقل المجنون وبلغ الصبي ورشدا انفك الحجر عنهما بغير حكم حاكم ودفع إليهما مالهما . ولا ينفك قبل ذلك بحال).

أما كون المجنون ينفك الحجر عنه إذا عقل ورشد فبالاتفاق لأنه حجر عليه لجنونه فإذا زال وجب زوال الحجر لزوال علته.

وأما كون الصبي ينفك الحجر عنه إذا بلغ ورشد ؛ فلأن الله تعالى قال: ﴿وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن ءانستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم﴾ [النساء:٦] أمر بدفع أموالهم إليهم بعد البلوغ وإيناس الرشد.

وأما كون الحجر عليهم ينفك عنهما بغير حكم حاكم : أما في المجنون فبالاتفاق.

قال صاحب المغني فيه: لا خلاف في أن المجنون يدفع إليه ماله إذا زال جنونه وهو رشيد.

وأما في الصبي ؛ فلأن اشتراط ذلك فيما ذكر زيادة على قوله: ﴿فإن ءانستم منهم رشداً فادفعوا... الآية﴾ [النساء:٦].

ولأنه حجر عليه بغير حكم حاكم فيزول بغير حكمه كالحجر على المجنون.

---

(١) في هـ: وتسليط.

وأما كونه يُدفع مالهما إليهما إذا انفك الحجر عنهما ؛ فلأن المانع من الدفع الحجر وقد زال.

وأما كونه لا ينفك الحجر عنهما قبل زوال ما ذكر : أما في المجنون ؛ فلأن الحجر عليه لجنونه فما دام كذلك يجب ثبوته عليه عملاً بالعلة.

وأما في الصبي ؛ فلأن الله تعالى علق الدفع على شرطين ، والحكم المعلق على شرطين لا يثبت بدونهما.

قال: (والبلوغ يحصل بالاحتلام أو بلوغ خمس عشرة[1] سنة أو نبات الشعر الخشن حول القبل ، وتزيد الجارية بالحيض والحمل . والرشد الصلاح في المال).

أما كون البلوغ يحصل **بالاحتلام** فلقوله تعالى: ﴿وإذا بلغ الأطفال منكم الحلم فليستأذنوا﴾ [النور:٥٩]. وقول النبي ﷺ: «رفع القلم عن ثلاث : عن الصبي حتى يحتلم »[2] رواه الترمذي. وقال: حديث حسن.

وقوله لمعاذ في الجزية: « خُذْ منْ كلِّ حَالِمٍ ديناراً »[3] رواه أبو داود.

وأما كونه يحصل بخمس عشرة سنة فلما روى ابن عمر قال: «عُرضتُ على رسول الله ﷺ يوم بدرٍ وأنا ابن ثلاثَ عشرة سنة فَردّني ، وعُرضت عليه وأنا ابن أربع عشرة سنة فردِني ولم يَرَني بَلغتُ ، وعُرضتُ عليه عامَ الخندق وأنا ابن خمس عشرة سنة فأجازني . فأخبر بها عمر بن عبدالعزيز فكتب إلى عماله أن لا يفرضوا إلا لمن بلغ خمس عشرة سنة »[4] رواه الشافعي في مسنده قريباً من هذا المعنى.

---

(١) في هـ: خمسة عشر.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٤٤٠٣) ٤: ١٤١ كتاب الحدود، باب في المجنون يسرق أو يصيب حداً.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٤٢٣) ٤: ٣٢ كتاب الحدود، باب ماجاء فيمن لا يجب عليه الحد.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٣٠٣٨) ٣: ١٦٧ كتاب الخراج والإمارة والفيء، باب في أخذ الجزية.
وأخرجه الترمذي في جامعه (٦٢٣) ٣: ٢٠ كتاب الزكاة، باب ما جاء في زكاة البقر.
قال الترمذي: حديث حسن.
وأخرجه النسائي في سننه (٢٤٥٢) ٥: ٢٦ كتاب الزكاة، باب زكاة البقر.

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٥٢١) ٢: ٩٤٨ كتاب الشهادات، باب بلوغ الصبيان وشهادتهم.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٨٦٨) ٣: ١٤٩٠ كتاب الإمارة، باب بيان سن البلوغ.
وأخرجه الشافعي في مسنده (٤٢١) ٢: ١٢٨ كتاب الجهاد.

وروي عن أنس أن النبي ﷺ قال: «إذا استكملَ المولودُ خمس عشرة سنة كُتب ما له وما عليه وأخذتْ منه الحدود».

وأما كونه يحصل بالإنبات فـ «لأن النبي ﷺ لما حكّم سعد بن معاذ في بني قريظة حكم بأن تقتل مقاتلتهم وتسبى ذراريهم، وأمرَ بأن يكشفَ عن مؤتزَرِهم فمن أنبتَ فهو من المقاتلة ومن لم ينبتْ فهو من الذريّة. فبلغ ذلك النبي ﷺ فقال: لقد حكمَ بحكمِ الله من فوقِ سبعةِ أرقعة»[1].

وروي عن عطية القرظي قال: «عُرضت على رسول الله ﷺ يوم قريظة فشكوا فيَّ فأمر أن ينظر إليَّ هل أنبت بعد فنظروا إليَّ فلم يجدوني أنبت بعد فخلوا عني وألحقوني بالذرية»[2] متفق على معناه.

ولأن الإنبات خارج يلازمه البلوغ غالباً ويستوي فيه الذكر والأنثى فكان بلوغاً كالاحتلام.

وأما كون الجارية تزيده بالحيض والحمل؛ فلأن كل واحد منهما معنى لا يوجد في غيرها.

وأما كون البلوغ يحصل بهما: أما بالحيض؛ فلأن النبي ﷺ قال: «لا يقبل الله صلاة حائض إلا بخمار»[3] رواه أبو داود والترمذي.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٨٧٨) ٣: ١١٠٧ كتاب الجهاد، باب إذا نزل العدو على حكم رجل. مختصر.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٧٦٨) ٣: ١٣٨٨ كتاب الجهاد والسير، باب جواز قتال من نقض العهد... مختصر.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٤٤٠٤) ٤: ١٤١ كتاب الحدود، باب في الغلام يصيب الحد.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٥٨٤) ٤: ١٤٥ كتاب السير، باب ما جاء في النزول على الحكم. ولم أره عند الشيخين.

(٣) أخرجه الترمذي في جامعه (٣٧٧) ٢: ٢١٥ أبواب الصلاة، باب ما جاء لا تقبل صلاة المرأة إلا بخمار.
وأخرجه أبو داود في سننه (٦٤١) ١: ١٧١ كتاب الصلاة، باب المرأة تصلي بغير خمار.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٦٥٥) ١: ٢١٥ كتاب الطهارة وسننها، باب إذا حاضت الجارية لم تصل إلا بخمار.
قال الترمذي: حديث حسن والعمل عليه عند أهل العلم. وقال الحاكم في مستدركه: حديث صحيح على شرط مسلم، ولم يخرجاه.

وأما بالحمل ؛ فلأن الله تعالى أجرى العادة أن المرأة لا تحمل إلا بعد أن تحيض.

ولأن الله تعالى أخبر أن الولد يخلق من ماء الرجل وماء المرأة بقوله تعالى: ﴿فلينظر الإنسان مم خلق ۞ خلق من ماء دافق ۞ يخرج من بين الصلب والترائب﴾ [الطارق:٥-٧].

وأخبر النبي ﷺ بذلك في أحاديث غير واحدة[1].

وأما كون الرشد الصلاح في المال فـ « لأن ابن عباس قال في تفسير قوله تعالى: ﴿فإن ءانستم منهم رشداً﴾ [النساء:٦] أي صلاحاً في أموالهم »[2].

ولأن هذا مصلح لماله فكان رشيداً كالعدل.

ولأن الحجر إنما هو في المال فالمؤثر فيه يجب أن يكون ما أثر في تضييعه أو حفظه.

قال: (ولا يدفع إليه ماله حتى يختبر فإن كان من أولاد التجار فبأن يتكرر منه البيع والشراء فلا يغبن، وإن كان من أولاد الرؤساء والكتّاب فبأن يستوفي على وكيله فيما وكله فيه. والجارية بشرائها القطن واستجادته ودفعها الأجرة إلى الغزالات والاستيفاء عليهن. وأن يحفظ ما في يده عن صرفه فيما لا فائدة فيه كالقمار والغناء وشراء المحرمات ونحوه).

أما كون الصبي لا يدفع إليه ماله قبل اختباره ؛ فلأن الله تعالى علق الدفع على الاختبار والبلوغ وإيناس الرشد بقوله: ﴿وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن ءانستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم﴾ [النساء:٦] أي اختبروهم ونظيره قوله تعالى: ﴿ليبلوكم أيكم أحسن عملاً﴾ [الملك:٢].

---

(١) منها ما رواه أنس « أن عبدالله بن سلام بلغه مقدم النبي ﷺ المدينة فأتاه يسأله عن أشياء فقال: إني سائلك عن ثلاث لا يعلمهن إلا نبي ما أول أشراط الساعة؟ وما أول طعام يأكله أهل الجنة؟ وما بال الولد ينزع إلى أبيه أو إلى أمه؟ قال أخبرني به جبريل آنفاً قال ابن سلام: ذاك عدو اليهود من الملائكة. قال: أما أول أشراط الساعة فنار تحشرهم من المشرق إلى المغرب. وأما أول طعام يأكله أهل الجنة فزيادة كبد الحوت. وأما الولد فإذا سبق ماء الرجل ماء المرأة نزع الولد، وإذا سبق ماء المرأة ماء الرجل نزعت الولد ... » . أخرجه البخاري في صحيحه (٣٧٢٣) ٣: ١٤٣٣ كتاب فضائل الصحابة، باب كيف آخى النبي ﷺ بين أصحابه.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦: ٥٩ كتاب الحجر، باب الرشد هو الصلاح في الدين وإصلاح المال.

وأما صفة الاختبار فتختلف باختلاف الأشخاص كما بين المصنف رحمه الله لأن العرف يقتضي ذلك فوجب أن يختلف باختلاف أحواله كالحِرْز والقبض.

وأما قوله: "أن يحفظ ما في يده عن صرفه فيما لا فائدة فيه" فتنبيه على أنه يضم إلى ما ذكر حفظ ما في يده عن الأمور المذكورة ؛ لأن من صرف ماله فيما ذكر يعد مبذراً سفيهاً عرفاً فكذا شرعاً.

ولأن الشخص قد يحكم بسفهه بصرف ماله في المباح فَلأن يحكم بسفهه بصرف ماله في المحرمات بطريق الأولى .

وتحرير ما ذكره المصنف : أن الاختبار يحصل بأمرين :

أحدهما: عدم الغبن فيما هو متصرف فيه.

والثاني: عدم صرف ما في يده فيما يفضي إلى ضياعه.

قال: (وعنه : لا يدفع إلى الجارية مالها بعد رشدها حتى تتزوج وتلد أو تقيم في بيت الزوج سنة . ووقت الاختبار قبل البلوغ . وعنه : بعده).

أما كون الجارية لا يدفع إليها مالها حتى يوجد ما ذكره المصنف على رواية فلما روي عن شريح أنه قال: «عهد إليّ عمر بن الخطاب أن لا أجيز لجارية عطية حتى تحول في بيت زوجها حولاً أو تلد ولداً » . رواه سعيد في سننه. ولم يعرف له مخالف فكان إجماعاً .

والأول أصح ؛ لأنها كالرجل لدخولها في عموم الآية.

ولأنها مكلفة فوجب أن يدفع إليها مالها إذا أنس منها الرشد ؛ كالرجل ، وكالتي دخل بها زوجها وولدت أو أقامت سنة . وحديث عمر إن صح فلم يعلم انتشاره في الصحابة فلم يترك به عموم الكتاب والقياس.

وأما كون وقت الاختبار قبل البلوغ على المذهب ؛ لقوله تعالى: ﴿وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح﴾ [النساء:٦].

ولأن تأخير الاختبار إلى البلوغ مؤد إلى الحجر على البالغ الرشيد ؛ لأنه إلى أن يختبر يمنع من ماله.

وأما كونه بعده على رواية ؛ فلأنه قبله ليس أهلاً للتصرف ؛ لأنه لم يوجد البلوغ الذي هو مظنة العقل فكان عقله بمنزلة المعدوم.

فصل [في أحكام الولي]

قال المصنف رحمه الله: (ولا تثبت الولاية على الصبي والمجنون إلا للأب ثم لوصيه ثم للحاكم).

أما كون الولاية لا تثبت على من ذكر لغير الثلاثة من الأب والوصي والحاكم ؛ فلأنه لا يوجد فيه كمال الشفقة ولا هو نائب لمن كملت شفقته ولا له ولاية عامة.

ولأن غير الثلاثة إما جد أو غير جد ، وغير الجد لا ولاية له وفاقاً إذا لم يكن وصياً ولا حاكماً والجد مسلوب الصفات الثلاثة فوجب أن يساوي غيره من غير الثلاثة.

وأما كون الولاية تثبت للأب ؛ فلأنه كامل الشفقة لأنه يؤثر مصلحة ولده على مصلحة نفسه غالباً بخلاف غيره.

وأما كونها تثبت للوصي ؛ فلأنه نائبه.

وأما كونها تثبت للحاكم ؛ فلأنه ولي[1] من لا ولي له . وقد نبّه الشرع على هذا في النكاح حيث قال: «فإن اشتجروا فالسلطان وليّ من لا وليّ له »[2].

وأما كون الأب مقدماً على وصيه والحاكم فلما ذكر من كمال شفقته ولهذا يجوز له أن يشتري لنفسه من مال ابنه وبالعكس بخلاف غيره.

ولأن الوصي نائبه والمنيب مقدم على النائب فإذا قدم على الوصي -والوصي مقدم على الحاكم لما يأتي- فلأن يقدم على الحاكم بطريق الأولى.

---

(١) في هـ زيادة : به.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٢٠٨٣) ٢: ٢٢٩ كتاب النكاح، باب في الولي.

وأخرجه الترمذي في جامعه (١١٠٢) ٣: ٤٠٧ كتاب النكاح، باب ما جاء لا نكاح إلا بولي. قال الترمذي: حديث حسن.

وأخرجه ابن ماجة في سننه (١٨٧٩) ١: ٦٠٥ كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي.

وأما كون الوصي مقدم على الحاكم ؛ فلأن الحاكم إنما يلي لعدم الولاية عليه والوصي متزل مترلة الموصي.

قال: (ولا يجوز لوليهما أن يتصرف في مالهما إلا على وجه الحظ لهما . فإن تبرع أو حابا أو زاد على النفقة عليهما أو على من تلزمهما مؤونته بالمعروف ضمن).

أما كون ولي الصبي والمجنون لا يجوز لهما التصرف في مالهما إلا على وجه الحظ : أما ولي الصبي ؛ فلأن الله تعالى قال: ﴿ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن﴾ [الإسراء:٣٤].

وأما ولي المجنون ؛ فلأنه في معناه.

وأما كون وليهما يضمن ما تبرع به من مالهما أو حابا أو زاد على النفقة عليهما أو على من تلزمهما مؤنته بالمعروف ؛ فلأنه منسوب في ذلك إلى التفريط والتقصير.

ولأنه لم يقْرَبْ مال موليه بالتي هي أحسن فيكون عاصياً لارتكابه النهي فيجب عليه الضمان كالغاصب لذلك.

قال: (ولا يجوز أن يشتري من مالهما شيئاً لنفسه ولا يبيعهما إلا الأب).

أما كون الولي غير الأب لا يجوز له أن يشتري من مال موليه شيئاً لنفسه ؛ فلأن النبي ﷺ قال: «لا يشتر الوصي من مال اليتيم»[1] . فيثبت فيه للنص ، ويقاس عليه الحاكم.

ولأن كل واحد من الوصي والحاكم متهم في ذلك.

وأما كونه لا يجوز له أن يبيعه ؛ فلأنه كالشراء معنى فيكون كذلك حكماً.

وأما كون ذلك يجوز للأب ؛ فلأن كمال شفقته تمنعه من الحيف على ولده و لم يوجد فيه المقتضى للمنع في غيره.

---

(١) لم أقف عليه هكذا . وقد أخرج البيهقي في السنن الكبرى عن صلة بن زفر قال : «كنت جالساً عند ابن مسعود . فجاء رجل من همدان على فرس أبلق . فقال : يا أبا عبدالرحمن! آشتري هذا ؟ قال : ما له ؟ قال : إن صاحبه أوصى إلي . قال : لا تشتره ، ولا تستقرض من ماله» . ٦ : ٣ كتاب البيوع ، باب: لا يشتري من ماله لنفسه إذا كان وصيا.

قال: (ولوليهما مكاتبة رقيقهما وعتقه على مال وتزويج إمائهما والسفر بمالهما والمضاربة به والربح كله لليتيم، وله دفعه مضاربة بجزء من الربح وبيعه نسأ وقرضه برهن وشراء العقار لهما وبناؤه بما جرت عادة أهل بلده به إذا رأى المصلحة في ذلك كله).

أما كون ولي الصبي والمجنون له مكاتبة رقيقهما وعتقه على مال ؛ فلأن للولي أن يبيع بذلك ؛ فلأن يجوز له المكاتبة والعتق بطريق الأولى لأن فيه تحصيلاً لمصلحتي الدنيا والآخرة بخلاف البيع.

وأما كونه له تزويج إمائهما ؛ فلأن فيه إعفافهن وتحصينهن عن الزنا ووجوب نفقتهن على أزواجهن.

وأما كونه له السفر بمالهما ؛ فلأنه سبب للربح وقد نبه الشرع على تحصيله بقوله عليه السلام: «اتجروا في أموال اليتامى»[1].

وأما كونه له المضاربة به فلما ذكر.

وأما كون الربح كله لليتيم ؛ فلأن العامل إنما يستحق بالشرط ولا شرط.

ولأنه لا يصح أن يشرط لنفسه للتهمة.

وأما كونه له دفعه مضاربة بجزء من الربح ؛ فلأن في ذلك نفعاً لليتيم لما فيه من استنماء ماله. وعن عائشة رضي الله عنها «أنها أبضعت مال محمد بن أبي بكر».

وأما كونه له بيعه نسأ ؛ فلأن الأجل يأخذ قسطاً من الثمن فيكون في بيعه كذلك زيادة لثمنه وذلك مصلحة لليتيم.

وأما كونه له قرضه برهن ؛ فلأنه أجود له من إيداعه لما فيه من تعريضه للتلف وغيره.

وقول المصنف رحمه الله: برهن يقتضي أنه لا يجوز بغير رهن لأنه قد لا يأمن عوده لفلس المقترض ونحوه[1].

---

(١) أخرجه الطبراني في الأوسط ١: ل ٢٥٠. عن أنس.
وأخرجه مالك في الموطأ موقوفاً على عمر (١٢) ١: ٢١٥ كتاب الزكاة، باب زكاة أموال اليتامى والتجارة لهم فيها.

وقال المصنف رحمه الله في المغني: ظاهر كلام أحمد جوازه لأنه إنما يجوز لمليء يأمن جحوده فينتفي ما ذكر قبل.

وأما كونه له شراء العقار ؛ فلأن ذلك مصلحة لموليه لأنه يحصل منه المغل ويبقى الأصل.

ولأنه إذا جازت المضاربة بمالهما مع احتمال الغرر ؛ فلأن يجوز شراء العقار مع أن أصله محفوظ بطريق الأولى.

وأما كونه له بناء العقار ؛ فلأنه في معنى الشراء.

وأما قول المصنف رحمه الله: بما جرت عادة أهل بلده به[٢] فاختيار له . والذي ذكره الأصحاب أنه يبنيه بالآجر والطين ولا يبنيه باللبن ؛ لأنه إذا نقضه فسد بخلاف الآجر ، ولا بالجص ؛ لأنه يلتزق بالآجر فلا يتخلص منه.

قال المصنف في المغني: والذي أراه أن له بناؤه بما يرى الحظ فيه .

وليس كل الأماكن يبنى فيها[٣] بالآجر ولا يُقْدَر فيها على الآجر الجيد ، وإن وجد فبقيمة كثيرة جداً فمتى قيد البناء بما ذكر أفضى إلى فوات الحظ.

وأما قوله: إذا رأى المصلحة في ذلك كله فراجع إلى قوله: ولوليهما مكاتبة رقيقهما ... إلى آخره ؛ لأن المصلحة إذا انتفت في شيء من ذلك لم يكن قربا بالتي هي أحسن وقد نهي عنه.

قال: (وله شراء الأضحية لليتيم الموسر . نص عليه . وتركه في المكتب وأداء الأجرة عنه).

أما كون الولي له شراء الأضحية لليتيم الموسر ؛ فلأن فيه توسعة على اليتيم الموسر في يوم العيد وجبراً لقلبه . وقد نبه الشرع على التوسعة في العيد بقوله: «أيام أكل وشرب وذكرٍ لله عز وجل»[٤] رواه مسلم.

⇨

(١) في ج: لفلس المرتهن المقترض ونحوه.
(٢) ساقط من هـ.
(٣) في هـ: فيه.
(٤) أخرجه مسلم في صحيحه (١١٤١) ٢: ٨٠٠ كتاب الصيام، باب تحريم صوم أيام التشريق.

وأما كونه له تركه في المكتب وأداء الأجرة عنه ؛ فلأن ذلك من مصلحته فجرى مجرى نفقته لمأكوله ومشروبه.

قال: (ولا يبيع عقارهما إلا لضرورة أو غبطة وهو أن يزاد في ثمنه الثلث فصاعداً).

أما كون الولي لا يجوز له بيع عقار الصبي والمجنون لغير ضرورة أو غبطة ؛ فلأنه لا مصلحة له فيه ، والتصرف له مشروط بالمصلحة.

ولأن الولي مأمور بالشراء للحظ ؛ فلا معنى للبيع.

وأما كونه يجوز له ذلك للضرورة كحاجتهما إلى نفقة أو كسوة أو قضاء دين ؛ فلأن الضرورة لا بد من دفعها.

وأما كونه يجوز له ذلك للغبطة فلتضمنه المصلحة.

وأما مقدار الغبطة فقيّدها أبو الخطاب بالثلث لتكون المصلحة بيّنة ، ووافقه المصنف هنا.

وقال في المغني: ليس في كلام أحمد تقييد ، وقد تكون المصلحة في غير هذا مثل أن يكون في مكان لا ينتفع به أو يكون نفعه به قليلاً فيباع ويشترى في مكان ينتفع به ، أو يكون في شراءه غبطة كثيرة ولا يمكنه ذلك إلا ببيع عقاره . وقد نص أحمد على بيع عقاره وأثاثه وآنيته ونحو ذلك[1] إذا كان فيه حظ فلا معنى لتقييده بالثلث.

قال: (وإن وُصّي لأحدهما بمن يعتق عليه ولا تلزمه نفقته لإعسار الموصى له أو غير ذلك وجب على الولي قبول الوصية ، وإلا لم يجز له قبولها).

أما كون الولي يجب عليه قبول الوصية إذا لم يلزم المولى عليه نفقة الموصى به ؛ فلأنه مصلحة محضة له ، وعلى الولي أن يفعل ما فيه مصلحة موليه.

وأما كونه لا يجوز له القبول إذا لزمته النفقة ؛ فلأن عليه فيه مضرة.

(١) في هـ: ويجوز ذلك.

فصل [فيمن عاود السفه]

قال المصنف رحمه الله: (ومن فك[1] عنه الحجر فعاود السفه أعيد الحجر عليه ولا ينظر في ماله إلا الحاكم ولا ينفك إلا بحكمه. وقيل: ينفك بمجرد رشده. ويستحب إظهار الحجر عليه والإشهاد عليه لتجتنب معاملته).

أما كون الحجر يعاد على من عاود السفه فلما روى عروة بن الزبير «أن عبدالله بن جعفر ابتاعَ بَيعاً فأتى الزبير فقال: إني قد ابتعتُ بَيعاً وإن علياً يُريد أن يأتي أمير المؤمنين عثمان فيسأله الحجر عليّ. فقال الزبير: أنا شريكُكَ في البيعِ فأتى علي عثمان. فقال: إن ابن جعفرَ قد ابتاعَ بيع كذا فاحجر عليه. فقال الزبير: أنا شَريكه. فقال عثمان: كيفَ أحجرُ على رجلٍ شريكهُ الزبير»[2] رواه الشافعي في مسنده.

وهذه قضية قد اشتهرت ولم تنكر فتكون إجماعاً.

ولأن السفه يقتضي الحجر لو قارنه فيقتضيه إذا طرأ كالجنون[3].

وأما كونه لا ينظر في ماله إلا الحاكم؛ فلأن علياً سأل عثمان الحجر على ابن جعفر ولو كان الحجر لغيره لسأل من له الحجر.

ولأن معرفة التبذير يحتاج إلى نظر لأن الغبن قد يكون تبذيراً وقد يكون غير تبذير فلم يكن بد من الحاكم كالحجر للفلس.

ولأنه حجر مختلف فيه. أشبه الحجر للفلس.

وأما كونه لا ينفك الحجر عنه إلا بحكم الحاكم على المذهب؛ فلأنه حُجِر عليه بحكم الحاكم فلا ينفك إلا بحكمه.

---

(١) ساقط من هـ.

(٢) أخرجه الشافعي في مسنده (٥٥٦) ٢: ١٦٠ كتاب البيوع، باب في الربا.

(٣) في هـ: كالمجنون.

وأما كونه ينفك عنه بمجرد رشده على قولٍ ؛ فلأن السفه سبب الحجر فوجب أن ينفك بزواله كما في حق الصبي والمجنون . وعزا المصنف في المغني هذا القول إلى أبي الخطاب ثم قال: والأول أولى لما ذكر.

ولأنه يحتاج إلى تأمل واجتهاد في معرفة رشده وزوال تبذيره . وفارق الصبي والمجنون من حيث إن الحجر عليهما ثبت بغير حكم الحاكم فينفك بغير حكمه.

وأما كونه يستحب إظهار الحجر عليه والإشهاد عليه فقد صرح المصنف رحمه الله بالعلة من اجتناب معاملته وذلك مطلوب لما فيه من أمن ضياع المال لأن الإظهار والإشهاد سبب إلى تحصيله.

قال: (ويصح تزويجه بإذن وليه.

وقال القاضي: يصح من غير إذنه . وهل يصح عتقه ؟ على روايتين).

أما كونه يصح تزويج السفيه بإذن وليه ؛ فلأنه لا يأذن إلا بما فيه المصلحة.

ولأن حاجته تدعو إلى ذلك وليس مآله إلى التبذير.

وأما كونه لا يصح من غير إذنه على غير قول القاضي فكسائر تصرفاته.

وأما كونه يصح على قوله ؛ فلأن حاجته تدعو إليه ودفعها مطلوب شرعاً.

وأما كون عتقه يصح على روايةٍ ؛ فلأنه تصرف من مالك مكلف فصح كعتق الراهن والمفلس.

وأما كونه لا يصح على روايةٍ ؛ فلأنه إتلاف لماله . أشبه هبته.

قال: (وإن أقر بحد أو قصاص أو نسب أو طلق زوجته أخذ به ، وإن أقر بمال لم يلزمه في حال حجره ، ويحتمل أن لا يلزمه مطلقاً).

أما كون السفيه يؤخذ بما أقر به من حد أو قصاص أو نسب ؛ فلأنه غير متهم في حق نفسه ، والحجر إنما يتعلق بماله فوجب أن يقبل على نفسه لأن الحجر لا تعلق له به.

وأما كونه لا يلزمه ما أقر به من المال في حال حجره ؛ فلأنه محجور عليه لِحَظّه فلم يصح إقراره بالمال كالصبي ، وإذا لم يصح إقراره انتفى اللزوم لتوقفه عليه .

ولأنا لو قبلنا إقراره في ماله سقط معنى الحجر عليه.

ولأنه ممنوع من التصرف فيه فلم يصح إقراره به كإقرار الراهن على الرهن.

وأما كونه يلزمه ذلك إذا فك الحجر عنه على الأول ؛ فلأنه محجور عليه فلزمه ما أقر به في حال الحجر كالمفلس.

ولأنه مكلف أقر بما لا يلزمه في المال فلزمه بعد فك الحجر عنه كالعبد يقر بدين والراهن يقر على الرهن بجنايته ونحوها.

وأما كونه يحتمل أنه لا يلزمه ذلك ؛ فلأن الحجر عليه لِحَظِّه فلم يصح إقراره و لم يلزمه شيء كالصبي.

ولأن ثبوت إقراره في ذمته لا يفيد الحجر معه إلا تأخير الضرر إلى أكمل حالتيه.

قال: (وحكم تصرف وليه حكم تصرف ولي الصبي والمجنون).

أما كون حكم تصرف ولي السفيه حكم تصرف ولي الصبي والمجنون ؛ فلأن ولايته على السفيه لِحَظِّه . أشبه ولي الصبي والمجنون.

وأما مراد المصنف رحمه الله بذلك فهو أن ولي السفيه لا يتصرف في ماله إلا على وجه الحظ له ، وأنه إن تبرع أو حابا أو زاد على النفقة عليه أو على من تلزمه نفقته بالمعروف ضمن ، وأنه لا يشتري من ماله شيئاً لنفسه ولا يبيعه من ماله شيئاً ، وأن له مكاتبة رقيقه ، وعتقه على مال ، وتزويج إمائه ، والسفر بماله ، والمضاربة به ، ودفعه مضاربة بجزء من الربح ، وبيعه نسأ ، وقرضه برهن ، وشراء العقار وبناءه بما جرت العادة به ، وأنه لا يبيع عقاره إلا لضرورة أو غبطة ، وأنه إذا وصى له بمن يعتق عليه من لا تلزمه نفقته لزمه قبولها ، وإن كان ممن تلزمه لم يجز له القبول.

فصل

قال المصنف رحمه الله: (وللولي أن يأكل من مال المولى عليه بقدر عمله إذا احتاج إليه ، وهل يلزمه عوض ذلك إذا أيسر ؟ على روايتين . وكذلك يخرج في الناظر في الوقف).

أما كون الولي له أن يأكل من مال المولى عليه ؛ فلأن الله تعالى قال: ﴿ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف﴾ [النساء:٦].

وأما ما يشترط لذلك فأن يكون بقدر عمله ، وأن يكون محتاجاً إليه : أما الأول ؛ فلأنه إنما يستحق بعمله فلا يجوز أن يتعداه. وأما الثاني ؛ فلأن الله شرطه في الأكل حيث قال: ﴿ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف﴾ [النساء:٦] ثم أكد ذلك بأن قال: ﴿ومن كان غنياً فليستعفف﴾ [النساء:٦].

وقال صاحب المغني فيه ما معناه: أنه يأكل بقدر أقل الأمرين من أجرته وقدر كفايته لأنه يستحقه بالعمل والحاجة معاً فلم يجز أن يأخذ إلا ما وُجد فيه كلاهما.

وأما كونه إذا أيسر يلزمه العوض على روايةٍ ؛ فلأنه استباحه بالحاجة من مال غيره فلزمه عوضه كمن اضطر إلى طعام غيره.

وأما كونه لا يلزمه ذلك على روايةٍ ؛ فلأن الله أمر بالأكل و لم يذكر عوضاً له عن عمله فلم يلزمه عوضه كالأجير والمضارب .

وهذا الخلاف فيما عدا الأب.

قال المصنف في المغني: وإن كان أباً -يعني الولي- لم يلزمه عوضه رواية واحدة.

وأما كون الناظر في الوقف كالوصي في جواز الأخذ[١] من الوقف مع الشرطين المذكورين ولزوم العوض مع اليسار على الخلاف المذكور ؛ فلأنه مثل الوصي معنى فكذا يجب أن يكون حكماً.

قال: (ومتى زال الحجر فادعى على الولي تعدياً أو ما يوجب ضماناً فالقول قول الولي . وكذلك القول قوله في دفع المال إليه بعد رشده).

أما كون القول قول الولي إذا ادعى عليه المولى عليه[٢] تعدياً أو ما يوجب ضماناً ؛ فلأن الأصل عدم ذلك.

ولأنه أمينه فكان القول قوله في ذلك كالمودَع.

وأما كون القول قوله في دفع المال إليه بعد رشده ؛ فلأنه دفعٌ ممن القول قوله في نفي التعدي فكذا يجب أن يكون في الدفع.

قال: (وهل للزوج أن يحجر على امرأته [في التبرع][٣] بما زاد على الثلث من مالها ؟ على روايتين).

أما كون الزوج ليس له الحجر على امرأته في التبرع بما ذكر على رواية ؛ فلأن النبي ﷺ كان يقول: «يا معشرَ النساءِ ! تصدقنَ ولوْ من حُليكن »[٤] ، وأنهن كن يتصدقن ويقبل منهن ذلك . و لم يسأل هل ذلك بإذن أزواجهن أم لا؟.

ولأن من وجب دفع ماله إليه برشده جاز له التصرف في جميع ماله دليله الغلام.

ولأن المرأة من أهل التصرف ولا حق لزوجها في مالها فلم يكن له الحجر عليها في التصرف كالرجل ليس لامرأته الحجر عليه في ذلك.

---

(١) في هـ: كالوصي في الأكل.

(٢) ساقط من هـ.

(٣) ساقط من هـ.

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه (١٣٩٧) ٢: ٥٣٣ كتاب الزكاة، باب الزكاة على الزوج والأيتام في الحجر.

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٠٠٠) ٢: ٦٩٥ كتاب الزكاة، باب فضل النفقة والصدقة على الأقربين...

وأما كونه له ذلك على روايةٍ فلما روي «أن امرأةَ كعبِ بن مالك أتت النبي ﷺ بحليٍ لها . فقال لها النبي ﷺ: لا يجوزُ للمرأةِ عطيةٌ حتى يأذنَ زوجها . فهل استأذنتِ كعباً ؟ فقالت: نعم. فبعث إليه فسأله . فقال: نعم . فَقبلَه »[1] رواه ابن ماجة.

ولأن العادة جارية بِتَبَسُّطِ الزوج في مال الزوجة فجرى ذلك مجرى حقوق الورثة المتعلقة بمال المريض .

والأول أصح ؛ لما ذكر. والحديث الدال على الثانية لا يُعلم صحته وبتقدير صحته هو غير معمول به فيما دون الثلث ، والتبسط في مال زوجها لا يوجب المنع ؛ لأن المرأة تتبسط في مال زوجها وليس لها منعه من التصرف في ماله.

(١) أخرجه ابن ماجة في سننه (٢٣٨٩) ٢: ٧٩٨ كتاب الهبات، باب عطية المرأة بغير إذن زوجها. قال في الزوائد: في إسناده يحيى ، وهو غير معروف في أولاد كعب . فالإسناد ضعيف.

فصل في الإذن

قال المصنف رحمه الله: (يجوز لولي الصبي المميز أن يأذن له في التجارة في إحدى الروايتين. ويجوز ذلك لسيد العبد. ولا ينفك الحجر عنهما إلا فيما أُذن لهما فيه، وفي النوع الذي أُمرا به).

أما كون ولي الصبي المميز يجوز له أن يأذن له في التجارة في روايةٍ؛ فلأنه لو لم يجز لم يكن طريق إلى معرفة رشده واختياره.

وأما كونه لا يجوز له ذلك في رواية؛ فلأنه ليس بأهل للتصرف فلم يجز لوليه الإذن له في ذلك كما لا يجوز لولي المجنون أن يأذن له في ذلك.

وأما كونه يجوز ذلك لسيد العبد؛ فلأن الحجر على العبد لحق السيد فإذا أذن له جاز لزوال المانع.

وأما كونه لا ينفك الحجر عنهما إلا فيما أُذن لهما فيه، وفي النوع الذي أُمرا به؛ فلأن كل واحد منهما متصرف بالإذن من جهة آدمي فوجب أن يختص بما أُذن له فيه وأُمر به دون غيره؛ كالوكيل والمضارب.

قال: (وإن أُذن له في جميع أنواع التجارة لم يجز له أن يؤجر نفسه ولا يتوكل لغيره. وهل له أن يوكل فيما يتولى مثله بنفسه؟ على وجهين. وإن رآه سيده أو وليه يتجر فلم ينهه لم يصر مأذوناً له فيه).

أما كون العبد المأذون له في جميع أنواع التجارة لا يجوز له أن يؤجر نفسه ولا يتوكل لغيره؛ فلأن ذلك يشغله عن التجارة المقصودة بالإذن.

ولأن الإذن لم يتناول الرقبة وهذا تصرف في الرقبة.

وأما كونه له أن يوكل فيما يتولى مثله بنفسه ففيه وجهان مبنيان على التوكل . وسيأتي مبنياً في موضعه إن شاء الله تعالى[1].

وأما كون كل واحد من العبد والصبي المأذون لهما لا يصير مأذوناً له إذا رأى[2] العبدَ سيدُه والصبيَّ وليُّه يتجر فلم ينهه ؛ فلأنه تصرف يفتقر إلى الإذن فلا يكون السكوت عنه إذناً فيه كبيع مال الغير.

قال: (وما استدان العبد فهو[3] في رقبته يفديه سيده أو يسلمه. وعنه : يتعلق بذمته يُتبع به بعد العتق . إلا المأذون له هل يتعلق برقبته أو ذمة سيده ؟ على روايتين).

أما كون استدانة العبد غير المأذون له في رقبته على روايةٍ فقياس على جنايته.

فعلى هذه يتخير السيد بين فدائه وبين تسليمه كما لو جنى.

وأما كونها تتعلق بذمته على روايةٍ ؛ فلأن صاحب الحق رضي بتأخير حقه لأنه عامل من لا مال له . أشبه من عامل المعسر.

ولأنه لا سبيل إلى تعلقه بكسبه ولا برقبته لأن ذلك مال السيد ولم يبد منه ما يوجب أن يتعلق ذلك بماله.

فإن قيل: الجناية كذلك وقد تعلقت بماله.

قيل: الفرق بينها وبين ما ذكر أن الجناية لزمت من غير إذن المستحق بخلاف ما ذكر.

ولأن الجناية تثبت على خلاف القياس فلا يقاس عليها.

فعلى هذه يُتبع بالدين بعد عتقه.

وأما كون استدانة المأذون له تتعلق برقبته على روايةٍ ؛ فلأن دينها دين تعلق به بإذن سيده فوجب أن يتعلق برقبته كالرهن.

وأما كونها تتعلق بذمة السيده على روايةٍ ؛ فلأنه لما أذن له غر الناس بمعاملته وإذنه له فصار ضامناً كما لو قال لهم: داينوه ، وكما لو أذن في مداينة تزيد على قيمة العبد.

---

(١) ص: ٦٧٧.

(٢) ساقط من هـ.

(٣) مثل السابق.

قال: (وإذا باع السيد عبده المأذون له[1] شيئاً لم يصح في أحد الوجهين، ويصح في الآخر إذا كان عليه دين بقدر قيمته).

أما كونه لا يصح بيع السيد عبده المأذون له شيئاً إذا لم يكن عليه دين بقدر قيمته؛ فلأنه بيع ماله بماله.

وأما كونه لا يصح إذا كان عليه دين بقدر قيمته في وجه فلما ذكر.

وأما كونه يصح في وجه لأن الثمن الذي قبضه من العبد مستحق لأرباب الدين فكأنه غير مملوك للبائع.

قال: (ويصح إقرار المأذون في قدر ما أُذن له فيه، وإن حُجر عليه وفي يده مال ثم أُذن له فأقر به صح).

أما كون إقرار المأذون له في قدر ما أُذن له فيه يصح؛ فلأن مقتضى الإقرار الصحة. تُرك فيما لم يأذن له فيه سيده فوجب أن يبقى فيما عدا ذلك على مقتضاه.

وأما كون إقرار من حجر عليه وفي يده مال ثم أذن له فأقر به يصح؛ فلما ذكر قبل.

ولأنه إقرار صدر من مأذون له. أشبه من لم يحجر عليه.

قال: (ولا يبطل الإذن بالإباق. ولا يصح تبرع المأذون له بهبة الدراهم وكسوة الثياب. ويجوز هديته للمأكول وإعارة دابته).

أما كون الإذن لا يبطل بالإباق؛ فلأن الإباق لا يمنع ابتداء الإذن في التجارة فلم يمنع استدامة ذلك كما لو غصبه غاصب أو حُبس لدين عليه.

وأما كون تبرع المأذون له فيما ذكر لا يصح؛ فلأن الحجر عليه مستمر إلا فيما أُذن له، والتبرع بما ذكر غير مأذون له فيه.

وأما كونه تجوز هديته للمأكول وإعارة دابته؛ فـ «لأن النبي ﷺ كان يُجيبُ دعوةَ المملوك»[2].

---

(١) ساقط من هـ.

(٢) أخرجه ابن ماجة في سننه (٢٢٩٦) ٢: ٧٧٠ كتاب التجارات، باب ما للعبد أن يعطي ويتصدق.

ولأن العادة جارية بذلك فجاز كما يجوز للمرأة الصدقة بكسرة الخبز من بيت زوجها.

قال: (وهل لغير المأذون الصدقة من قوته بالرغيف إذا لم يضره به ونحوه ؟ على روايتين. وهل للمرأة الصدقة من بيت زوجها بغير إذنه بنحو ذلك ؟ على روايتين).

أما كون غير المأذون له له الصدقة بالرغيف من قوته ونحوه إذا لم يضره به على المذهب ؛ فلأن العادة جارية بمثله.

وأما كونه ليس له ذلك على روايةٍ ؛ فلأنه تصرف في ملك سيده بغير إذنه . فلم يجز ؛ كالكثير ، أو كما لو أضر به.

وأما كون المرأة لها الصدقة من بيت زوجها بنحو ذلك بغير إذنه على المذهب ؛ فلأن عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله ﷺ: «ما أنفقتِ المرأةُ من بيتِ زوجها غيرَ مُفْسدَةَ كانَ لها أجرها ، وله مثلُه بما كَسَبَ ، ولها بما أنفقتْ ، وللخازنِ مثلُ ذلك من غير أَنٍ ينقصَ من أجورهمْ شيء »[1] ولم يذكر إذناً .

وعن أسماء « أنها جاءت النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله! ليسَ لي شيء إلا ما أَدخلَ عليّ الزبيرُ . فهلْ عليّ جناحٌ أن أَرْضَخَ مما يُدخلُ عليّ ؟ قال: ارْضَخِي ولا تُوعِي فَيُوعِيَ اللهُ عليك »[2] متفق عليهما.

ولأن العادة السماح بذلك وطيب النفس به فجرى مجرى صريح الإذن.

وأما كونها ليس لها ذلك على روايةٍ ؛ فلما روى أبو أمامة قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «لا تُنفقُ المرأةُ من بيتِها إلا بإذنِ زوجها . قيل: يا رسولَ الله! ولا الطعامَ ؟ قال: ذلك أفضلُ أموالِنا »[3] رواه سعيد والترمذي. وقال: حديث حسن.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (١٣٥٩) ٢: ٥١٧ كتاب الزكاة، باب من أمر خادمه بالصدقة ولم يناول بنفسه.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٠٢٤) ٢: ٧١٠ كتاب الزكاة، باب أجر الخازن الأمين...

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٤٥٠) ٢: ٩١٥ كتاب الهبة، باب هبة المرأة لغير زوجها ...
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٠٢٩) ٢: ٧١٤ كتاب الزكاة، باب الحث في الإنفاق وكراهة الإحصاء.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٣٥٦٥) ٣: ٢٩٦ كتاب البيوع، باب في تضمين العارية.

ولأنها تبرعت بمال غيرها فلم يجز كالصدقة بثيابه.

⇨

وأخرجه الترمذي في جامعه (٢١٢٠) ٤: ٤٣٣ كتاب الوصايا، باب ما جاء لا وصية لوارث.

وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٢٩٥) ٢: ٧٧٠ كتاب التجارات، باب ماللمرأة من مال زوجها.

باب الوكالة

الوكالة جائزة بالكتاب والسنة والإجماع والمعنى: أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿إنما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها﴾ [التوبة:٦٠]، وقوله تعالى: ﴿فابعثوا أحدكم بورقكم هذه إلى المدينة فلينظر أيها أزكى طعاماً فليأتكم برزق منه﴾ [الكهف:١٩].

وأما السنة فما روي عن عروة بن الجعد قال: «عرض للنبي ﷺ جلب. فأعطاني ديناراً. فقال: يا عروة! ائت الجلبَ فاشترِ لنا شاةً. قال: فأتيتُ الجلبَ فساومتُ فشريتُ شاتين... الحديث»[١] رواه أبو داود وابن ماجة.

وعن جابر: «أتيت رسول الله ﷺ فقلت له: إني أردتُ الخروجَ إلى خيبر. فقال: ائتِ وكيلي فخذْ منه خمسةَ عشر وَسْقاً. فإن ابتغى منكَ آيةً فضعْ يدكَ على تَرْقُوَته»[٢] رواه أبو داود.

وروي «أنه عليه السلام وكّل عمرو بن أمية الضمري في قبول نكاح أم[٣] حبيبة»[٤]. و «أبا رافع في قبول نكاح ميمونة»[٥].

وأما الإجماع فأجمعت الأمة في الجملة على جواز الوكالة.

وأما المعنى؛ فلأن الحاجة داعية إليها فإنه لا يمكن كل واحد فعل كل ما يحتاج إليه.

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٣٨٤) ٣: ٢٥٦ كتاب البيوع، باب في المضارب يخالف.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٢٥٨) ٣: ٥٥٩ كتاب البيوع.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٤٠٢) ٢: ٨٠٣ كتاب الصدقات، باب الأمين يتجر فيه فيربح.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٣٦٣٢) ٣: ٣١٤ كتاب الأقضية، باب في الوكالة.

(٣) ساقط من هـ.

(٤) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٧: ١٣٩ كتاب النكاح، باب الوكالة في النكاح.

(٥) أخرجه الترمذي في جامعه (٨٤١) ٣: ٢٠٠ كتاب الحج، باب ما جاء في كراهية تزويج المحرم.
وأخرجه أحمد في مسنده (٢٧٢٤٠) ٦: ٣٩٣.

قال المصنف رحمه الله: (تصح الوكالة بكل قول يدل على الإذن، وكل قول أو فعل يدل على القبول).

أما كون الوكالة تصح بالقول المذكور ؛ فلأنها عقد شرعي لها قول فصحت به كسائر العقود.

والقول على ضربين:

أحدهما: صريح كقول الموكِّل للوكيل: وكّلتك فلا شبهة[1] في صحة الوكالة به لكونه صريحاً فيها.

وثانيهما: غير صريح . لكن فيه دلالة على الوكالة ؛ كقوله: افعل كذا أو أذنت لك أن تفعل كذا . والوكالة به أيضاً صحيحة لأن النبي ﷺ وكّل عروة بن الجعد بقوله: «اشتر لنا شاة»[2] ، والإذن في معناه.

ولأنه لفظ دال على الإذن فجرى مجرى قوله: وكّلتك.

وأما كون قبول الوكيل يصح بالقول المذكور كقوله: قبلت وما في معنى ذلك مما يدل عليه ؛ فلأنه قبول . أشبه القبول في النكاح والبيع.

ولأنه يصح القبول بالفعل لما يأتي ؛ فلأن يصح بالقول الدالّ عليه بطريق الأولى.

وأما كونه يصح بالفعل المذكور ؛ فلأن وكلاء النبي ﷺ لم ينقل عنهم قبول سوى امتثال أمره.

ولأنه إذن في التصرف فصح القبول فيه بالفعل كأكل الطعام.

قال: (ويصح القبول على الفور والتراخي بأن يوكله في بيع شيء فيبيعه بعد سنة أو يبلغه أنه وكله منذ شهر فيقول: قبلت).

أما كون القبول يصح على الفور فلا شبهة فيه لأن سائر العقود يصح قبولها على الفور فكذا هذا.

(١) ساقط من هـ.

(٢) سبق تخريجه ص: ٦٧٢.

وأما كونه يصح على التراخي ؛ فلأن قبول وكلاء رسول الله ﷺ لوكالته كان بفعلهم وكان متراخياً على توكيله لهم.

ولأنه إذن له في التصرف ، والإذن قائم ما لم يرجع عليه.

وأما قول المصنف رحمه الله: بأن يوكله في بيع شيء فيبيعه ... إلى آخره فبيان للقبول على التراخي.

قال: (ولا يجوز التوكيل والتوكل في شيء إلا ممن يصح تصرفه فيه).

أما كون التوكيل في شيء لا يجوز ممن لا يصح تصرفه فيه ؛ فلأن الموكّل إذا كان لا يصح تصرفه في شيء بنفسه فلأن لا يجوز له أن يوكل غيره بطريق الأولى.

وأما كون التوكل في شيء لا يجوز ممن لا يصح تصرفه فيه ؛ فلأن الوكيل إذا كان قاصراً عن التصرف لنفسه ، فلأن يكون قاصراً عن التصرف بالإذن الذي هو أضعف منه بطريق الأولى.

وأما كون التوكيل والتوكل في شيء يجوز ممن يصح تصرفه فيه ؛ فلأن كل واحد منهما يملك التصرف بنفسه . فجاز أن يستنيب غيره وأن ينوب عن غيره ؛ لانتفاء المفسد المتقدم ذكره.

وظاهر كلام المصنف رحمه الله هنا: أن كل من صح تصرفه في شيء بنفسه جاز أن يوكل فيه وأن يتوكل. واستثنى من التوكل في المغني الفاسق فإنه يصح أن يقبل النكاح بنفسه ولا يصح أن يقبله لغيره . وحكاه عن القاضي ثم قال: وكلام أبي الخطاب يقتضي جواز ذلك وهو القياس.

قال: (ويجوز التوكيل في كل حق آدمي من العقود والفسوخ والعتق والطلاق والرجعة وتملك المباحات من الصيد والحشيش ونحوه إلا الظهار واللعان والأيمان، ويجوز أن يوكل من يقبل له النكاح ومن يزوج وَلِيّته إذا كان الوكيل ممن يصح منه ذلك لنفسه ومَوْلِيَّته).

أما كون التوكيل يجوز في العقود؛ فـ «لأن النبي ﷺ وكّل عروة بن الجعد في الشراء»[1]، وسائر العقود في معناه.

وأما كونه يجوز في الفسوخ والعتق والطلاق؛ فلأنه إذا جاز التوكيل في الإنشاء؛ فلأن يجوز في الإزالة بطريق الأولى.

وأما كونه يجوز في الرجعة؛ فلأنه يجوز في النكاح فلأن يجوز في الرجعة بطريق الأولى.

وأما كونه يجوز في تملك المباحات؛ فلأنه نوع يملك. أشبه التوكيل في الشراء.

وأما كونه لا يجوز في الظهار واللعان والأيمان؛ فلأنها أيمان فلا تدخلها النيابة كالصلاة. ويدخل في الأيمان النذر؛ لأنه يمين، والقسامة كذلك.

وينبغي أن يستثنى من[2] جواز الوكالة في كل حق آدمي القسم بين الزوجات؛ لأنه يتعلق بنفس الزوج، والشهادة لأنها تتعلق بالشاهد. ذكرهما المصنف في المغني. ثم قال: ولا يصح في الالتقاط فإذا أمر بذلك فالتقط كان أحق به من الآمر، ولا في الاغتنام لأنه يستحق بالحضور، ولا في الرضاع لأنه يتعلق بالمرضع والمرتضع، ولا في الغصب لأنه محرم، ولا في الجنايات كذلك.

وأما كون توكيل من يقبل له النكاح يجوز؛ فـ «لأن النبي ﷺ وكل عمرو بن أمية الضمري في قبول نكاح أم حبيبة»[3] و «أبا رافع في قبول نكاح ميمونة»[4].

وأما كونه يجوز في تزويج وليته؛ فلأن الحاجة تدعو إليه فجاز كالقبول.

---

(١) سبق تخريجه ص: ٦٧٢.

(٢) ساقط من هـ.

(٣) سبق تخريجه ص: ٦٧٢.

(٤) سبق تخريجه ص: ٦٧٢.

وأما قول المصنف رحمه الله : إذا كان الوكيل ممن يصح ذلك منه لنفسه ومولیته فاحتراز عن الصبي والمجنون وما أشبههما لأن توكيلهما لا يصح لما تقدم ، وعن الفاسق ؛ لأن توكيله في إيجاب النكاح لا يصح ؛ لأنه لا يصح أن يتولى نكاح موليته بنفسه لأنه لا ولاية لفاسق . وفيه إشعار بأن الفاسق يصح أن يكون وكيلاً في القبول . وقد تقدم الكلام فيه والخلاف[1].

قال: (ويصح في كل حق لله تدخله النيابة من العبادات والحدود في إثباتها واستيفائها ، ويجوز الاستيفاء في حضرة الموكّل وغيبته إلا القصاص وحد القذف عند[2] بعض أصحابنا لا يجوز في غيبته).

أما كون التوكيل في العبادات التي تدخلها النيابة كالزكوات والمنذورات والكفارات ونحو ذلك يصح ؛ فـ «لأن النبي ﷺ بعث أناساً لقبض الصدقات وتفريقها» . وقال في حديث معاذ حين بعثه إلى اليمن: «أعلمهم أن الله قد فرض عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم فترد في فقرائهم... مختصر»[3] متفق عليه.

فيثبت الحكم فيما ذكر لما ذكر ، وفي[4] باقي الصور لأنه في معناه.

وأما كونه يصح في الحدود في إثباتها واستيفائها ؛ فلأن النبي ﷺ قال: «واغدُ يا أُنيسُ إلى امرأةِ هذا فإن اعترفتْ فارجمْهَا»[5] . وكّله في الإثبات والاستيفاء.

وقال أبو الخطاب في الهداية: لا يجوز التوكيل في إثباتها لأنها تسقط بالشبهات . ونصر المصنف في المغني الأول للحديث.

---

(١) ص: ٦٧٦.

(٢) في هـ: وعند.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٦٩٣٧) ٦: ٢٦٨٥ كتاب التوحيد، باب ما جاء في دعاء النبي ﷺ أمته إلى توحيد الله.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٩) ١ : ٥٠ كتاب الإيمان، باب الدعاء إلى الشهادتين وشرائع الإسلام.

(٤) في هـ: في.

(٥) أخرجه البخاري في صحيحه (٢١٩٠) ٢: ٨١٣ كتاب الوكالة، باب الوكالة في الحدود.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٦٩٧) ٣: ١٣٢٥ كتاب الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنى.

ولأن الحاكم إذا استناب دخل في ذلك إثبات الحدود ، وإذا دخل ذلك في التوكيل بطريق العموم ؛ فلأن يدخل بطريق الخصوص بطريق الأولى.

وأما كون الاستيفاء يجوز في حضرة الموكل ؛ فكسائر الحقوق.

وأما في غيبته فينظر فيه فإن كان ذلك في زنا وشبهه جاز ؛ لأنه لا يحتمل العفو حتى يدرأ بالشبهة ، وإن كان في قصاص أو حد قذف فالمذهب جوازه أيضاً ؛ لأن ما جاز للوكيل استيفاؤه في حضرة الموكِّل جاز في غيبته . دليله حد الزنا وسائر الحقوق.

وقال بعض الأصحاب: لا يجوز ؛ لأنه يحتمل أن يعفو عنه حال غيبته فيسقط ، وهذه شبهة تمنع من استيفائه.

ولأن العفو مندوب إليه فإذا حضر جاز أن يرحمه فيعفو عنه.

قال المصنف رحمه الله في المغني: ظاهر المذهب جواز الاستيفاء لما ذكر . وأجاب عن احتمال العفو بأن الأصل عدمه . وهو بعيد فلا يؤثر . ألا ترى أن قُضاة رسول الله ﷺ كانوا يحكمون في البلاد بالحدود مع احتمال النسخ.

قال: (ولا يجوز للوكيل التوكيل فيما يتولى مثله بنفسه إلا بإذن الموكِّل . وعنه: يجوز . وكذلك الوصي والحاكم . ويجوز توكيله فيما لا يتولى مثله بنفسه [أو يعجز عنه لكثرته).

أما كون الوكيل لا يجوز له التوكيل فيما يتولى مثله بنفسه][1] إذا لم يأذن الموكل له في ذلك على المذهب ؛ فلأنه لم يأذن له في التوكيل ولا تضمّنه إذنه له لكونه يتولى مثله.

وأما كونه يجوز[2] له ذلك على روايةٍ ؛ فلأنه وكيله فملك ذلك كما لو وكله فيما لا يتولى مثله.

قال المصنف في المغني: والأول أولى ؛ لما ذكر.

ولأنه استئمان فلم يكن له أن يوليه غيره مع إمكان فعله بنفسه كالوديعة.

(١) ساقط من هـ .

(٢) في و: لا يجوز.

وأما كونه يجوز له ذلك فيما لا يتولى مثله بنفسه لكونه دنيئاً والوكيل شريفاً لا يليق به أن يباشر ذلك ، وفيما يعجز عنه لكثرته رواية واحدة ؛ فلأن حال الوكيل وكثرة الموكل فيه قرينة صارفة للوكالة إلى ذلك.

وظاهر كلام المصنف جواز التوكيل في الكل إذا كان كثيراً لأن الوكالة اقتضت جواز التوكيل فجاز في كله كما لو أذن في التوكيل بلفظه.

وقال القاضي: وعندي أنه يوكل فيما زاد على ما يتمكن من فعله ؛ لأن التوكيل إنما جاز للكثرة فاختص بذلك بخلاف التوكيل بالإذن.

وأما كونه يجوز له التوكيل إذا أذن له الموكل فيه رواية واحدة ؛ فلأنه عقد أذن له فيه فكان له ذلك عملاً بالإذن.

فإن قيل: فإن نهاه عن ذلك ؟

قيل: لا يجوز له التوكيل رواية واحدة عملاً بالنهي.

وأما كون حكم الوصي والحاكم حكم الوكيل ؛ فلأن كل واحدٍ متصرف بالإذن . أشبه الوكيل.

وقال المصنف في المغني في باب الوكالة بعد ذكر الوكيل: قال أصحابنا: الحكم في الوصي يوكل فيما أوصي به إليه ، وفي الحاكم يولى القضاء في ناحية هل له أن يستنيب غيره ؟ حكم الوكيل على التفصيل الذي ذكرناه سواء. ثم قال: إلا أن القاضي قال: المنصوص في روايةٍ مهنا جواز ذلك. وقال فيه أيضاً في باب المصراة بعد قوله: ويتجر الوصي بمال اليتيم : قال القاضي: يجوز للوصي أن يستنيب فيما يتولى مثله بنفسه وما لا يتولى مثله بنفسه ، فأما الوكيل فهل له أن يستنيب فيما يتولى مثله بنفسه على روايتين. والفرق بينهما : أن الوكيل يمكنه الاستئذان بخلاف الوصي . ثم قال: قال أبو بكر: في الوصي روايتان كالوكيل . فحاصل ذلك أن المصنف نقل في موضعٍ الفرق بين الوصي والوكيل ، وفي موضع آخر التسوية بينهما.

فعلى القول بالتسوية لم يحتج إلى ذكر الفرق ، وعلى القول بالفرق فقد نبه المصنف رحمه الله عليه فيما تقدم.

قال: (ويجوز توكيل عبد غيره بإذن سيده، ولا يجوز بغير إذنه . وإن وكله بإذنه في شراء نفسه من سيده فعلى وجهين).

أما كون عبد الغير يجوز توكيله بإذن سيده ؛ فلأن العبد ممنوع من التصرف لحق السيد فإذا أذن له جاز أن يوكل كالحر.

ولأن الوكالة نفع . فجازت بإذن السيد ؛ كالتجارة ونحوها.

وأما كونه لا يجوز بغير إذنه سيده ؛ فلأن منافعه مملوكة فلا يجوز صرفها في شيء إلا بإذنه.

وأما كونه يجوز توكيله[1] بإذنه في شراء نفسه من سيده على وجه ؛ فلأنه لو وكله أن يشتري من مولاه عبداً غيره صح فكذا إذا وكله في شراء نفسه كالمرأة لما جاز توكيلها في طلاق غيرها جاز توكيلها في طلاق نفسها.

وأما كونه لا يجوز على وجه ؛ فلأن يد العبد كيد السيد بدليل أنه يحكم لماله الذي في يد عبده بما يحكم لماله الذي في يده فكأنه إذاً قد وكل السيد في الشراء من نفسه.

قال المصنف رحمه الله في المغني: هذا الوجه لا يصح لأنه لو وكّله في الشراء من نفسه جاز لأن الولي في النكاح يجوز أن يتولى طرفي العقد فكذا هاهنا.

قال: (والوكالة عقد جائز من الطرفين لكل واحد منهما فسخها . وتبطل بالموت والجنون والحجر للسفه . وكذلك كل عقد جائز كالشركة والمضاربة . ولا تبطل بالسكر والإغماء والتعدي . وهل تبطل بالردة وحرية عبده ؟ على وجهين).

أما كون الوكالة من العقود الجائزة من الطرفين ؛ فلأنها من جهة الموكِّل إذن ، ومن جهة الوكيل بدل نفع ، وكلاهما جائز : أما الأول فكما لو أذن في أكل طعامه ، وأما الثاني ؛ فلأنه في معناه.

وأما كون كل واحد من الموكِّل والوكيل له فسخ الوكالة ؛ فلأن ذلك شأن العقود الجائزة من الطرفين . وقد تقدم دليله.

---

(١) في هـ: توكله.

وأما كونها تبطل بالموت والجنون والحجر للسفه ؛ فلأن الوكيل يتصرف بطريق النيابة عن الموكِّل فإذا خرج الموكِّل عن أهلية التصرف بطلت نيابته.

ولأن الوكالة تعتمد الحياة والعقل وعدم الحجر فإذا انتفى ذلك انتفت صحة الوكالة لانتفاء ما تعتمد عليه.

وقول المصنف رحمه الله: "والحجر للسفه" مشعر بأن الحجر لغير السفه لا يبطل الوكالة.

وقال في المغني: وإذا حجر على الوكيل لفلس فالوكالة بحالها فإنه لم يخرج عن كونه أهلاً للتصرف ، وإن حجر على الموكِّل نظرت في الوكالة فإن كانت في أعيان ماله بطلت ؛ لانقطاع تصرفه فيها . وإن كانت في الخصومة ، أو في الشراء في الذمة ، أو الخلع ، أو الطلاق ، أو القصاص ، فالوكالة بحالها ؛ لأن الموكل أهل لذلك حينئذ.

وأما كون كل عقد جائز كالشركة والمضاربة ونحوهما كالوكالة فيما ذكر من البطلان وغيره ؛ فلأن الكل مشترك معنى فكذا يجب أن يكون حكماً.

وأما كونها لا تبطل بالسكر والإغماء ؛ فلأن من اتصف بذلك لا يخرج عن أهلية التصرف ولا يثبت عليه بذلك ولاية.

وأما كونها لا تبطل بالتعدي مثل أن يلبس الوكيل الثوب الموكل في بيعه ؛ فلأن تصرفه في البيع تصرف بإذن موكله . أشبه ما لو لم يتعد فيه.

ولأن الوكالة اقتضت الأمانة والإذن فإذا بطلت الأمانة بالتعدي كان الإذن في التصرف باقياً.

وأما كونها لا تبطل بالردة على وجهٍ فقال المصنف في المغني: فإن كانت من الوكيل فلا تبطل الوكالة ؛ لأن ردته لا تؤثر في تصرفه وإنما تؤثر في ماله ، وإن كانت من الموكل ففيها وجهان مبنيان على صحة تصرف المرتد في ماله : فإن قيل: تصح فالوكالة بحالها ، وإن قيل: لا تصح بطلت الوكالة ؛ لأن النائب يحذو حذو المنيب.

وأما كونها لا تبطل بحرية عبده على وجهٍ ؛ فلأن كل شيء لا يمنع ابتداء الوكالة لا يمنع استدامتها.

وأما كونها تبطل على وجهٍ ؛ فلأن توكيل العبد استخدام بحق الملك . فإذا زال الملك زال الاستخدام.

قال: (وهل ينعزل الوكيل بالموت والعزل قبل علمه ؟ على روايتين).

أما كون الوكيل ينعزل بموت الموكل قبل علمه على روايةٍ ؛ فلأن العزل رفع عقد لا يفتقر إلى رضى صاحبه فلا يفتقر إلى علم الوكيل كالفسخ بعيب المبيع.

وأما كونه لا ينعزل على روايةٍ ؛ فلأن ذلك رفع فلا يترتب عليه مقصوده قبل العلم به[1] كالفسخ.

وأما كونه ينعزل بالعزل ففيه الروايتان نقلاً ودليلاً .

وتقييد المصنف الخلاف المذكور في المسألتين بقبل العلم مشعر بانعزاله إذا علم رواية واحدة وهو صحيح . أما إذا مات الموكِّل ؛ فلأن الوكيل يتصرف عنه بطريق النيابة وقد بطل ذلك في الأصل فكذا الفرع . وأما إذا عزله ؛ فلأن تصرفه مستنداً إلى الإذن وقد زال بالعزل.

قال: (وإذا وكل اثنين لم يجز لأحدهما أن ينفرد بالتصرف إلا أن يجعل ذلك إليه).

أما كون أحد الوكيلين لا يجوز له الانفراد بالتصرف إذا لم يجعل ذلك إليه ؛ فلأن الموكل لم يرض بتصرف أحدهما منفرداً بدليل إضافة الغير إليه.

وأما كونه يجوز له ذلك إذا جعل إليه ؛ فلأنه مأذون فيه . أشبه الوكيل الواحد.

قال: (ولا يجوز للوكيل في البيع أن يبيع لنفسه . وعنه : يجوز إذا زاد على مبلغ ثمنه في النداء أو وكل من يبيع وكان هو أحد المشترين . وهل يجوز أن يبيعه لولده أو والده[2] أو مكاتبه ؟ على وجهين).

أما كون الوكيل لا يجوز له أن يبيع لنفسه ما وُكِّل في بيعه على المذهب ؛ فلأن العرف في بيع الوكيل أن يبيع لغيره فحملت الوكالة عليه وصار كما لو قال: بعه لغيرك.

---

(١) ساقط من هـ.

(٢) في و : لوالده أو والده.

ولأن الوكيل تلحقه التهمة في البيع لنفسه ويتنافى الغرضان في البيع لنفسه ؛ لأن بيعه بالوكالة يقتضي الحرص على كثرة الثمن وبيعه لنفسه يقتضي أخذه رخيصاً.

وأما كونه يجوز له ذلك على روايةٍ إذا زاد على ما بُذل فيه أو وكل شخصاً في البيع ؛ لأنه إذا كان كذلك حصل غرض الموكل من الثمن فجاز كما لو باعه لأجنبي.

فإن قيل: كيف يوكل في البيع وليس للوكيل أن يوكل فيما يتولى مثله بنفسه على الصحيح؟

قيل: ذكر المصنف هذا الإشكال في المغني وأجاب عنه بأن التوكيل فيما لا يتولى مثله جائز والنداء مما لم تجر العادة أن يتولاه أكثر الوكلاء بنفوسهم . وفيه نظر ؛ لأن الوكيل إذا جاز له أن يعطي ما وكل فيه لمن ينادي عليه لما ذكر فالعقد لا بد له من عاقد ومثله يتولاه فلا يجوز أن يوكل فيه غيره . ويمكن التخلص من ورود هذا الإشكال بأن يجعل بدل التوكيل في البيع التوكيل في الشراء.

وأما كونه لا يجوز له أن يبيعه لولده أو والده[1] أو مكاتبه على وجهٍ ؛ فلأنه متهم في حقهم وفي الميل إلى ترك الاستقصاء في الثمن عليهم . أشبه ما لو باعه لنفسه.

وأما كونه يجوز له ذلك على وجهٍ ؛ فلأنهم غيره وقياسهم عليه لا يصح ؛ لأن التهمة في حقهم أقل.

قال: (ولا يجوز أن يبيع نسأ ولا بغير نقد البلد . ويحتمل أن يجوز كالمضارب).

أما كون الوكيل لا يجوز أن يبيع مال موكله نسأ ولا بغير نقد البلد على المذهب ؛ فلأن الموكل لو باع بنفسه وأطلق انصرف إلى الحالّ وإلى نقد البلد . فكذلك إذا وكل وجب أن تنصرف الوكالة إليهما وإذا انصرفت إليهما لم يملك الوكيل التصرف بغيرهما ؛ لأن عقد الوكالة لم يقتضه.

وأما كونه يحتمل أن يجوز فبالقياس على المضارب ، وفي جواز بيع المضارب بذلك روايتان يأتي ذكرهما ودليلهما في باب المضاربة[2].

---

(١) في و : لوالده أو والده.

(٢) ر ص: ٧٢٢.

وقال المصنف في المغني: يمكن الفرق بينهما من حيث إن المقصود في المضاربة الربح والربح في النسأ أكثر ولا يتعين في الوكالة ذلك[1] بل ربما كان المقصود تحصيل الثمن لدفع حاجته.

ولأن استيفاء الثمن في المضاربة على المضارب فيعود ضرر النسأ عليه واستيفاء الثمن في الوكالة على الموكل فيعود ضرر الطلب عليه وهو لم يرض به.

قال: (وإن باع بدون ثمن المثل أو بأنقص مما قدّره له صح وضمن النقص. ويحتمل أن لا يصح).

أما كون بيع الوكيل ما وكل في بيعه بدون ثمن المثل أو بأنقص مما قدّره له الموكل يصح على المذهب ؛ فلأن من صح بيعه بثمن المثل صح بدونه. دليله المريض.

وأما كونه يضمن النقص ؛ فلأن الاحتياط وطلب الحظ واجب عليه فيجب عليه تكملة ثمن مثله لأنه فوّته عليه.

وأما كونه يحتمل أن لا يصح ؛ فلأن العرف يقيد الوكالة بثمن المثل فإذا باع بدونه لم يصح ؛ لأنه غير مأذون فيه. أشبه بيع الأجنبي.

قال المصنف في المغني: وعن أحمد ما يدل على أن العقد باطل وهو الصحيح.

ومعناه والله أعلم أن ذلك هو الصحيح عنده لما ظهر له من الدليل ؛ لأن الصحيح في المذهب أنه صحيح ويضمن النقص لما تقدم.

ولأن فيه جمعاً بين حظ المشتري بعدم الفسخ وبين حظ البائع بوجوب التضمين.

وأما الوكيل فلا يعتبر حظه ؛ لأنه مفرط.

قال: (وإن باع بأكثر منه صح سواء كانت الزيادة من جنس الثمن الذي أمره به أو لم تكن. وإن قال: بعه بدرهم فباعه بدينار صح في أحد الوجهين. وإن قال: بعه بألف نسأ فباعه بألف حالّة صح إن كان لا يستضر بحفظ الثمن في الحال).

أما كون بيع الوكيل بأكثر [من ثمن المثل أو بأكثر][1] مما قدره الموكل له يصح ؛ فلأنه باع بالمأذون فيه وزاده خيراً.

---

(١) ساقط من هـ.

وأما كون ذلك يصح سواء كانت الزيادة من جنس الثمن كمن وكل في البيع بمائة درهم ودرهم ، أو من غير جنسه كمن وكل في البيع بمائة درهم فباع بمائة درهم ودينار فلاشتراك الكل في زيادة الخير.

وأما كونه يصح إذا قال الموكل: بعه بدرهم فباعه الوكيل بدينار في وجه ؛ فلأنه مأذون فيه عرفاً لأن من رضي بدرهم يرضى بدينار بطريق الأولى.

وأما كونه لا يصح في وجه ؛ فلأنه خالف في الجنس المأذون فيه . أشبه ما لو باع بثياب كثيرة القيمة.

وأما كونه يصح إذا قال: بعه بألف نسأ فباعه بألف حالّة لا يستضر بحفظها في الحال ؛ فلأنه زاده خيراً.

وأما كونه لا يصح إذا كان يستضر بذلك ؛ فلأن حكم الإذن إنما يثبت في السكوت عنه لتضمنه المصلحة ، فإذا كان يتضرر به علم انتفاء المصلحة فتنتفي الصحة ، وحُكْمُ خوف التلف والتعدي عليه ونحوهما حكم الاستضرار بحفظه لاشتراك الكل في المعنى.

قال: (وإن وكله في الشراء فاشترى بأكثر من ثمن المثل ، أو بأكثر مما قدره له ، أو وكله في بيع شيء فباع نصفه : لم يصح).

أما كون الوكيل في الشراء إذا اشترى بأكثر من ثمن المثل أو بأكثر مما قدره الموكِّل له لا يصح ؛ فلأنه فعل غير ما وكل فيه . أشبه من لم يوكله بالكلية.

فإن قيل: قد تقدم أنه إذا وكله في البيع فلم يقدر الثمن أو قدره فباع بدون ثمن المثل أو بدون المقدر أنه يصح فهلا كان هذا مثله ؟ أو كان البيع مثل هذا ؛ وذلك أن[2] عقد الوكالة : إن لحظ فيه الإذن دون التقييد إما بالعرف أو النطق يصح نظراً إلى الإذن ينبغي أن يصح في الشراء لأنه مأذون فيه كالبيع ، وإن لحظ الإذن والتقييد ينبغي أن لا يصح البيع لأن الإذن فيه مقيد ؟

⇨

(١) ساقط من هـ.

(٢) ساقط من هـ.

قيل: على اختيار المصنف في المغني لا إشكال لأنه صحح عدم صحة البيع فهو كالشراء ، وعلى المذهب في الفَرْق عُسْرٌ.

وأما كونه لا يصح بيع الوكيل نصف الشيء الموكل في بيع كله ؛ فلأن على الموكِّل ضرراً في بيع بعضه . أشبه ما لو وكله في شراء شيء فاشترى نصفه .

ولا بد أن يلحظ في بيع النصف المذكور أن لا يكون الوكيل باعه بثمن الكل فإن باعه بثمن الكل صح . ذكره المصنف في المغني لأنه مأذون فيه من جهة العرف . لأن من يرضى بمائة ثمناً للكل مثلاً يرضى بها ثمناً للنصف.

ولأنه حصل له المطلوب وأبقى له زيادة تنفعه .

ولذلك ألحقه بعض الأصحاب المأذون له في ذلك بالأصل .

ولا بد أن يلحظ في ذلك أن يكون في بيع البعض ضرر كالعبد الذي يتشقص ببيع بعضه فإن لم يكن فيه ضرر كالحنطة صح لأن العلة الضرر ولا ضرر هاهنا.

قال: (وإن اشتراه بما قدر[1] له مؤجلاً ، أو قال: اشتر لي شاة بدينار فاشترى شاتين تساوي إحداهما ديناراً أو اشترى شاة تساوي ديناراً بأقل منه صح ، وإلا لم يصح).

أما كون شراء الوكيل بما قدر الموكل له مؤجلاً يصح فلما ذكر من أنه زاده خيراً.

وأما كونه يصح شراءه شاتين تساوي إحداهما ديناراً بدينار إذا وكل في شراء شاة بذلك فلما روى عروة بن الجعد «أن النبي ﷺ أعطاه ديناراً فقال: اشتر لنا شاة . قال: فأتيت الجلب فاشتريت شاتين بدينار . فجئت أسوقهما أو أقودهما فلقيني رجل بالطريق فساومني فبعت منه شاة بدينار . فأتيت النبي ﷺ بالدينار وبالشاة. فقلت: يا رسول الله ! هذا ديناركم وهذه شاتكم. قال: فحدثته الحديث. قال: اللهم! بارك له في صفقة يمينه »[2]. رواه البخاري بمعناه.

---

(١) في و: قدره.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٣٤٤٣) ٣: ١٣٣٢ كتاب المناقب، باب سؤال المشركين أن يريهم النبي ﷺ آية...

وأخرجه أبو داود في سننه (٣٣٨٤) ٣: ٢٥٦ كتاب البيوع، باب في المضارب يخالف.

وأخرجه الترمذي في جامعه (١٢٥٨) ٣: ٥٥٩ كتاب البيوع، باب.

وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٤٠٢) ٢: ٨٠٣ كتاب الصدقات، باب الأمين يتجر فيه فيربح.

ولأنه حصل له المأذون فيه [وزيادة .

وأما كونه يصح شراء شاة تساوي ديناراً بأقل منه ؛ فلأنه حصل المقصود وزيادة لأن ذلك مأذون فيه][1] عرفاً لأن من رضي بشراء شيء بدينار يرضى به بأقل منه.

وأما كونه لا يصح إذا كانت كل واحدة من الشاتين تساوي أقل من دينار ؛ فلأن الحجة في الصحة ما تقدم من حديث عروة ولا يدل على هذا.

ولأنه لم يحصل المقصود فلم يقع البيع له لكونه غير مأذون فيه لفظاً ولا عرفاً.

وأما كونه لا يصح إذا كانت الشاة الموكل في شرائها بدينار تساوي أقل منه ؛ فلأن ذلك غير موكل فيه لفظاً ولا عرفاً.

قال: (وليس له شراء معيب ؛ فإن وجد بما اشترى عيباً فله الرد ، فإن قال البائع : موكلك قد رضي بالعيب فالقول قول الوكيل مع يمينه أنه لا يعلم ذلك ، فإن رده فصدق الموكل البائع في الرضى بالعيب فهل يصح الرد ؟ على وجهين).

أما كون الوكيل ليس له شراء معيب ؛ فلأن الإطلاق يقتضي السلامة ، ولذلك ملك المشتري الرد في البيع إذا ظهر معيباً.

وأما كونه له الرد إذا وجد بما اشترى عيباً ؛ فلأنه قائم في الشراء مقام الموكِّل ، ولو وجد الموكل العيب ملك الرد . فكذلك من أقيم مقامه.

وأما كونه يُقبل قول الوكيل مع يمينه في أنه لا يعلم برضى موكله ؛ فلأنه منكر والقول قول المنكر مع يمينه.

فإن قيل: لم وجبت اليمين على الوكيل ، و لم كانت على نفي العلم؟

قيل: أما الأول ؛ فلأنه يجوز أن يعلم ذلك وذلك مسقط للرد، وأما الثاني ؛ فلأن اليمين على فعل الغير.

وأما كون الرد ما صح إذا صدق الموكل البائع في الرضى بالعيب على وجه ؛ فلأن رضى الموكل بالعيب عزل للوكيل عن الرد ومنع له بدليل أن الوكيل لو علمه لم يكن له الرد.

---

(١) ساقط من هـ .

وأما كونه يصح على وجهٍ ؛ فلأن عزل الوكيل لا يحصل إلا بعد علمه به على روايةٍ فيكون الرد حينئذ صادف ولاية.

قال: (وإن وكله في شراء معين فاشتراه ووجده معيباً فهل له الرد قبل إعلام الموكِّل ؟ على وجهين).

أما كون الوكيل له الرد على وجهٍ ؛ فلأن الإذن يقتضي السلامة . أشبه ما لو وكله في شراء موصوف.

وأما كونه ليس له ذلك على وجهٍ ؛ فلأن الموكَّل قطع نظره واجتهاده بالتعيين.

قال: (وإن قال : اشتر لي بعين هذا الثمن فاشترى له في ذمته لم يلزم الموكِّل ، وإن قال اشتر لي في ذمتك وأنقد الثمن فاشترى بعينه صح).

أما كون الموكِّل لا يلزمه ما اشتراه الوكيل في ذمته مع تعيين[1] الموكل الثمن ؛ فلأنه إذا تعين الثمن فسخ العقد بتلفه فلم يلزمه ثمن في ذمته ، وفي هذا غرض صحيح فلا تجوز مخالفته ، ولا يلزم قبوله لعدم تناول أمره له لفظاً وعرفاً.

وأما كون شراء الوكيل بعين الثمن يصح إذا قال الموكل: اشتر لي في ذمتك وأنقد الثمن ؛ فلأن الموكل أمره بعقدٍ يلزمه الألف مع بقاء الألف وتلفها ، وقد عقد عقداً يلزمه الألف مع البقاء دون التلف.

قال المصنف في المغني: ويحتمل أن لا يصح لأنه قد يكون له غرض في الشراء في الذمة لكون المال فيه شبهه لا يحب أن يقع العقد به ، أو يحب أن يقع العقد على وجهٍ لا ينفسخ بالتلف فلا يجوز مخالفة غرضه.

قال: (فإن أمره ببيعه في سوق بثمن فباعه في سوق آخر صح . وإن قال: بعه لزيد فباعه من غيره لم يصح).

أما كون البيع يصح إذا قال: بعه في سوق كذا بكذا فباعه بذلك في آخر ؛ فلأن الغرض البيع بما قدره له وقد حصل.

---

(١) في هـ: تعين.

وأما كونه لا يصح إذا قال: بعه لزيد فباعه من غيره ؛ فلأنه قد يقصد نفع زيد أو نفع المبيع بايصاله إليه فلا يجوز مخالفته.

قال: (وإن وكله في بيع شيء ملك تسليمه ولم يملك قبض ثمنه إلا بقرينة ، فإن تعذر قبضه لم يلزم الوكيل شيء).

أما كون الوكيل في بيع شيء يملك تسليمه ؛ فلأن العرف يقتضيه.

ولأنه من تمام العقد وحقوقه ولا يلحقه تهمة في تسليمه.

وأما كونه لا يملك قبض الثمن مع عدم القرينة ؛ فلأن اللفظ لا يتناوله ولا قرينة تدل عليه فلم يملكه كما لو لم يوكله.

ولأن الموكِّل قد يرضى للبيع من لا يرضاه للقبض.

وقال المصنف في المغني: ويحتمل أن يكون له قبض الثمن لأنه موجب عقد البيع.

وأما كونه يملك القبض مع القرينة ؛ فلأن القرينة تجري مجرى التصريح . فكذلك هاهنا.

وأما كونه لا يلزمه شيء إذا تعذر قبض الثمن ؛ فلأنه ليس بمفرط لكونه لا يملكه.

قال: (وإن وكله في بيع فاسد أو كلِّ قليل وكثير لم يصح . وإن وكله في بيع ماله كله صح. وإن قال : اشتر لي ما شئت أو عبداً بما شئت لم يصح حتى يذكر النوع وقدر الثمن . وعنه : ما يدل على أنه يصح).

أما كون التوكيل في البيع الفاسد لا يصح ؛ فلأن الله تعالى لم يأذن فيه فكان وجود التوكيل فيه كعدمه.

وأما كونه لا يصح في كل قليل وكثير ؛ فلأن فيه غرراً عظيماً وخطراً كبيراً وربما باع كل ماله المحتاج إليه وغيره فيتضرر به ويعظم ضرره.

وأما كونه يصح في بيع ماله كله ؛ فلأنه يعرف ماله فيقل الضرر.

وأما كونه إذا قال : اشتر لي ما شئت أو عبداً بما شئت و لم يذكر النوع وقدر الثمن لا يصح على المذهب ؛ فلأن ما يمكن شراؤه ويمكن الشراء به يكثر فيكثر الغرر.

وأما كونه يصح على روايةٍ ؛ فلأنه إذن في التصرف فجاز من غير تعين ؛ كالإذن في التجارة.

وظاهر كلام المصنف رحمه الله اعتبار ذكر النوع وقدر الثمن جميعاً وهو قول أبي الخطاب.

وقال القاضي: يكفي ذكر النوع لأن الغرر يقل.

وأما كونه يصح إذا قال ذلك وذكر النوع وقدر الثمن فلا شبهة فيه لانتفاء الغرر المتقدم ذكره فيه.

قال: (وإن وكله في الخصومة لم يكن وكيلاً في القبض ، وإن وكله في القبض كان وكيلاً في الخصومة في أحد الوجهين).

أما كون الوكيل في الخصومة لا يكون وكيلاً في القبض ؛ فلأن الإذن لم يتناوله نطقاً ولا عرفاً ؛ إذ ليس في العرف أن من يرضاه للخصومة يرضاه للقبض . ومعنى الوكالة في الخصومة الوكالة في إثبات الحق.

وأما كون الوكيل في القبض وكيلاً في الخصومة في وجه ؛ فلأنه لا يتوصل إلى القبض إلا بالخصومة فكان مأذوناً فيها من جهة العرف.

ولأن القبض لا يتم إلا بها فملكها ؛ كما لو وكله في شراء شيء فإنه يملك تسليم ثمنه ، أو في بيع شيء فإنه يملك تسليمه.

وأما كونه لا يكون وكيلاً فيها في وجه ؛ فلأنهما معنيان مختلفان فالوكيل في أحدهما لا يكون وكيلاً في الآخر ؛ كما لا يكون وكيلاً في القبض إذا وكل في الخصومة.

قال: (وإن وكله في قبض الحق من إنسان لم يكون[1] له قبضه من وارثه، وإن قال: اقبض حقي الذي قِبَلَه فله القبض من وارثه، وإن قال: اقبضه اليوم لم يملك قبضه غداً).

أما كون الوكيل في قبض الحق من إنسان لا يكون له قبضه من وارثه؛ فلأن الوكيل إنما يتصرف بالإذن فإذا لم يكن إذن وجب المنع من القبض لزوال صحة التصرف.

وأما كونه له القبض منه إذا قال: اقبض حقي الذي قِبَلَه؛ فلأن الوكالة تعم قبض حقه مطلقاً فتشمل القبض من الوارث لأنه من حقه.

وأما كونه لا يملك قبضه غداً إذا قال له: اقبضه اليوم؛ فلأنه ليس توكيل فيه لأن الوكالة مقيدة بزمان فإذا انقضى زالت الوكالة.

قال: (وإن وكله في الإيداع فأودع ولم يشهد لم يضمن، وإن وكله في قضاء دين فقضاه ولم يشهد وأنكر الغريم ضمن إلا أن يقضيه بحضرة الموكّل).

أما كون الوكيل في الإيداع لا يضمن إذا أودع ولم يشهد على المودع؛ فلأن القول قول المودَع في الرد والهلاك فلم يكن الوكيل مفرطاً في عدم الإشهاد.

وأما كون الوكيل في قضاء الدين يضمن إذا قضاه ولم يشهد وأنكر الغريم ولم يكن القضاء بحضرة الموكِّل؛ فلأنه مفرط حيث لم يشهد.

ولأنه أذن له في قضاء دين مبرئ ولم يوجد.

وظاهر هذا أنه يضمن سواء صدقه الموكل أو كذبه، وصرح به المصنف في المغني ونسبه إلى القاضي؛ لما ذكر من التفريط.

وأما كونه لا يضمن إذا قضاه بحضرة الموكّل؛ فلأن التفريط من الموكّل حيث لم يشهد ولم يأمره بالإشهاد.

---

(١) في هـ: لا يكن.

فصل [في أحكام الوكالة]

قال المصنف رحمه الله: (والوكيل أمين لا ضمان عليه فيما تلف في يده بغير تفريط . والقول قوله مع يمينه في الهلاك ونفي التفريط . ولو قال: بعتُ الثوب وقبضتُ الثمن فتلف فالقول قوله).

أما كون الوكيل أميناً لا ضمان عليه فيما تلف في يده بغير تفريط ؛ فلأنه نائب المالك في اليد والتصرف فكان الهلاك في يده كالهلاك في يد المالك ، فجرى مجرى المودِع والمضارب والشريك والوصي وشبههم . ومفهوم قوله: بغير تفريط وجوب الضمان إذا فرّط ؛ مثل : أن لا يحفظه في حرز مثله ، وما أشبه ذلك . وصرح به في المغني لأنه مفرط فلزمه الضمان لتفريطه . ومثل التفريط التعدي فيما وكّله فيه ؛ مثل : أن يركب الدابة أو يلبس الثوب أو يطلب منه المال فيمتنع من دفعه لغير عذر لأن التعدي أبلغ من التفريط.

وأما كون القول قوله مع يمينه في الهلاك ونفي التفريط ؛ فلأنه أمين.

ولأن الأصل براءة ذمته مما يُدّعى عليه.

وأما كونه يُقبل قوله إذا قال: بعت الثوب وقبضت الثمن فتلف ؛ فلأنه أمين.

ولأنه يتعذر إقامة البينة على ذلك فلا[1] يكلفها كالمودَع.

ولأنه لو كلف إقامة البينة على ذلك لامتنع الناس من الدخول في الوكالة مع دعوى الحاجة إليها.

وقال القاضي: إذا ادعى الهلاك بأمر ظاهر كالحريق والنهب وشبههما كلف إقامة البينة على ذلك ، وقبل قوله في نفس التلف.

---

(١) ساقط من هـ.

قال: (وإن اختلفا في رده إلى الموكّل فالقول قوله إن كان متطوعاً ، وإن كان بجعل فعلى وجهين . وكذلك يُخَرَّج في الأجير والمرتهن).

أما كون القول قول الوكيل بغير جُعْلٍ في الرد ؛ فلأنه قبض المال لمنفعة [مالكه فقط فقبل قوله في الردّ ؛ كالمودِع .

وأما كون الوكيل بجُعْلٍ لا يقبل قوله على وجهٍ ؛ فلأنه قبض المال لمنفعة][(1)] نفسه . أشبه المستعير.

وأما كونه يقبل على وجهٍ ؛ فلأنه لا منفعة له في العين المقبوضة لأن منفعته بالجعل دونها.

وأما كون الأجير والمرتهن يُخَرَّج فيهما ما ذكر في الوكيل بجُعْل ؛ فلاشتراك الكل في قبض العين لمنفعة القابض.

قال: (وإن قال: أذنت لك في البيع[(2)] نسأ وفي الشراء بخمسة فأنكره فعلى وجهين).

أما كون القول قول المالك في النسأ ومقدار الثمن على وجهٍ ؛ فلأن القول قوله في أصل الوكالة . فكذلك في صفتها.

وأما كون القول قول الوكيل على وجهٍ ؛ فلأنه أمين في التصرف فكان القول قوله في صفته كالخياط.

قال: (وإن قال: وكلتني أن أتزوج لك فلانة ففعلتُ وصدقته المرأة فأنكره فالقول قول المنكر بغير يمين . وهل يلزم الوكيل نصف الصداق ؟ على وجهين).

أما كون القول قول المدعى عليه الوكالة ؛ فلأنه منكرها والأصل معه.

وأما كون ذلك بغير يمين ؛ فلأن الوكيل بعد العقد يدعي حقاً لغيره لا لنفسه . ومقتضى هذا التعليل أن المرأة لو ادعته وجبت[(3)] اليمين . وصرح به المصنف في المغني ؛ لأنه يحتمل كونها صادقة فيستحلف لذلك.

---

(1) ساقط من هـ .

(2) في هـ: أذنت لي البيع.

(3) ساقط من هـ.

وأما كون الوكيل يلزمه نصف الصداق على وجهٍ ؛ فلأن الوكيل ضامن للثمن في البيع وللبائع مطالبته به فكذا هاهنا.

وأما كونه لا يلزمه ؛ فلأن دعوى المرأة على الموكِّل دون الوكيل فلم يلزم الوكيل شيء لعدم الدعوى عليه.

قال: (ويجوز التوكيل بجُعْل وبغيره ؛ فلو قال: بع ثوبي بعشرة فما زاد فلك صح. نص عليه).

أما كون التوكيل يجوز بجعل ؛ فـ «لأن النبي ﷺ كان يبعث عماله لقبض الصدقات ويجعل لهم على ذلك جعلاً».

ولأن تصرفه لغيره لا يلزمه فجاز أخذ العوض كرد الآبق.

وأما كونه يجوز بغير جعل ؛ فـ «لأن النبي ﷺ وكل أنيساً في إقامة الحد»[1] و «عروة في شراء شاةٍ و لم يجعل لهما شيئاً»[2].

وأما كونه يصح إذا قال: بع ثوبي بعشرة فما زاد فلك ؛ فلأن ابن عباس كان لا يرى بأساً بذلك.

ولأنه تصرف في ماله بإذنه فصح شرط الربح كالمضارب والعامل في المساقاة.

---

(١) سبق ذكره ص: ٦٧٦.

(٢) سبق ذكره ص: ٦٧٢.

فصل

قال المصنف رحمه الله: (فإن كان عليه حقٌّ لإنسان فادعى رجل أنه وكيل صاحبه في قبضه فصدقه لم يلزمه الدفع إليه وإن كذبه لم يستحلف ، فإن دفعه إليه فأنكر صاحب الحق الوكالة حلف ورجع على الدافع وحده ، وإن كان المدفوع وديعة فوجدها أخذها وإن تلفت فله تضمين من شاء منهما ولا يرجع من ضمنه على الآخر).

أما كون المدعى عليه لا يلزمه الدفع مع التصديق ؛ فلأن عليه فيه تبعة لجواز أن ينكر الموكِّل الوكالة فيستحق الرجوع عليه.

وأما كونه لا يستحلف مع التكذيب ؛ فلأنه لا فائدة في استحلافه ؛ إذ فائدة الاستحلاف الحكم عليه بالنكول ولو أقر لم يلزمه الدفع فكيف يقضى عليه بالنكول.

وأما كون صاحب الحق يحلف إذا أنكر الوكالة ؛ فلأنه يحتمل صدق الوكيل في الوكالة.

ولأن صاحب الحق منكر للوكالة واليمين تجب على المنكر لقوله عليه السلام: «البينةُ على المدعِي واليمينُ على المنكر »[1].

وأما كون صاحب الحق يرجع على الدافع وحده إذا كان المدعي حقاً في الذمة ؛ فلأن حقه في ذمته لم يبرأ منه بتسليمه إلى غير وكيله.

وأما كونه يأخذ العين إذا كان المدفوع وديعة فوجدها ؛ فلأنها عين حقه.

وأما كونه له تضمين من شاء من الدافع والقابض ؛ فلأن الدافع ضمنها بالدفع والقابض قبض ما لا يستحقه.

(١) أخرجه الدارقطني في سننه (٥١) ٤: ٢١٧ كتاب في الأقضية والأحكام وغير ذلك، في المرأة تقتل إذا ارتدت.

وأما كون من ضمنه لا يرجع على الآخر ؛ فلأن كل واحد منهما يدعي أن ما يأخذه المالك ظلم ، ويقر بأنه لم يوجد من صاحبه تعد والظلم لا يرجع به من[1] ظلم على غيره.

قال: (وإن كان ادعى أن صاحب الحق أحاله به ففي وجوب الدفع إليه مع التصديق ، واليمين مع الإنكار وجهان).

أما كون الدفع لا يجب مع التصديق على وجهٍ ؛ فلأنه معترف أن الحق له لا لغيره . أشبه الوارث.

قال المصنف في المغني: الأول أشبه ؛ لأن العلة في جواز منع الوكيل كون الدافع لا يبرأ ، وهي موجودة هاهنا ، والعلة في وجوب الدفع إلى الوارث كونه مستحقاً والدافع إليه يبرأ وهذا متخلِّف هاهنا فإلحاقه بالوكيل أولى.

وأما كون اليمين تجب مع الإنكار على وجهٍ ولا تجب على وجهٍ فمخرج على الخلاف في وجوب الدفع مع التصديق وعدم وجوبه.

قال: (وإن ادعى أنه مات وأنا وارثه لزمه الدفع إليه مع التصديق ، واليمين مع الإنكار).

أما كون المدعى عليه ما ذكر يلزمه الدفع مع التصديق ؛ فلأنه مقر له بالحق فلزمه الدفع كما لو جاء صاحب الحق.

وأما كونه يلزمه اليمين مع الإنكار ؛ فلأن الدفع واجب ، واليمين على نفي العلم ؛ لأنها على فعل الغير.

---

(١) في هـ: على من.



كتاب الشركة

[1] الشركة هي: الاجتماع في استحقاق أو تصرف .

وهي ثابتة بالكتاب والسنة والإجماع : أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿فهم شركاء في الثلث﴾ [النساء:١٢] ، وقوله: ﴿وإن كثيراً من الخلطاء ليبغي بعضهم على بعض﴾ [ص:٢٤] . والخلطاء هم الشركاء.

وأما السنة فما روي «أن البراء بن عازب وزيد بن أرقم كانا شريكين . فاشتريا فضة بنقد ونسيئة . فبلغ رسول الله ﷺ فأمرهما أن ما كان بنقد فأجيزوه ، وما كان بنسيئة فردوه »[2] رواه البخاري بمعناه.

وما روي عن النبي ﷺ أنه قال: « يد الله على الشريكين ما لم يتخاونا »[3].

وروي أنه كان يقول : « إن الله يقول: أنا ثالثُ الشريكينِ ما لم يَخنْ أحدهما صاحبه ، فإذا خانَ أحدهما صاحبهُ خَرجتُ من بينهما »[4] رواه أبو داود.

وأما الإجماع فأجمعت الأمة في الجملة على جواز الشركة.

---

(١) ورد العنوان في هـ: باب الشركة.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (١٩٥٥) ٢: ٧٢٦ كتاب البيوع، باب التجارة في البر. بمعناه.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٨٩) ٣: ١٢١٢ كتاب المساقاة، باب النهي عن بيع الورق بالذهب ديناً. بمعناه .
وأخرجه أحمد في مسنده (١٨٨٢٠) ط إحياء التراث . واللفظ له.

(٣) أخرجه الدارقطني في سننه (١٤٠) ٣: ٣٥ كتاب البيوع.

(٤) أخرجه أبو داود في سننه (٣٣٨٣) ٣: ٢٥٦ كتاب البيوع، باب في الشركة.

قال المصنف رحمه الله: (**وهي على[1] خمسة أضرب:**

أحدها: شركة العنان . وهي: أن يشترك اثنان بماليهما ليعملا فيه ببدنيهما وربحه لهما . فينفذ تصرف كل واحد منهما فيهما بحكم الملك في نصيبه والوكالة في نصيب شريكه).

أما كون الشركة على خمسة أضرب ؛ فلأنها شركة عنان ، ومضاربة ، ووجوه ، وأبدان ، ومفاوضة . وتلك خمسة.

وأما كون أحدها: شركة العنان فظاهر . وهي صحيحة بالإجماع . وسميت بذلك لأن الشريكين فيها متساويان في المال والتصرف ؛ كالفارسين إذا استويا[2] فرسيهما وتساويا في السير.

وقال الفراء: هي مشتقة من عَنّ الشيء إذا عرض . يقال عنّت لي حاجة إذا عرضت . فسميت الشركة بذلك لأن كل واحد منهما عَنّ له أن يشارك صاحبه.

وقيل: هي مشتقة من المعانة وهي المعارضة يقال: عاننت فلاناً إذا عارضته بمثل ماله أو فعاله . فكل واحد من الشريكين معارض بماله وفعاله.

وأما كون صفتها كما ذكر المصنف رحمه الله ؛ فلأنها تجمع مالاً وعملاً من كل جانب لأن المال لو كان من جانب والعمل من آخر لكانت مضاربة.

وأما كون الربح لهما ؛ فلأنه نماء ملكهما وعملهما .

وليس مراد المصنف رحمه الله التسوية في الربح بل الربح هاهنا على ما شرطاه . ويجوز متساوياً ومتفاضلاً لأن الربح يستحق بالمال تارة وبالعمل أخرى دليله المضارب فإنه يستحق جزءاً من الربح ولا مال له بل عمل ، والعمل قد يتفاوت فيجوز أن يتفاوت الربح لذلك.

وأما كون تصرف كل واحد منهما ينفذ في نصيبه بالملك وفي نصيب شريكه بالوكالة أما الأول فظاهر، وأما الثاني ؛ فلأنه متصرف بجهة الإذن وذلك معنى الوكالة.

---

(١) ساقط من هـ.

(٢) في و: سويا.

قال: (ولا تصح إلا بشرطين:

أحدهما: أن يكون رأس المال دراهم أو دنانير. وعنه: تصح بالعروض ويجعل رأس المال قيمتها وقت العقد. وهل تصح بالمغشوش والفلوس؟ على وجهين).

أما كون شركة العنان لا تصح إلا بشرطين فلما يأتي ذكره فيهما.

وأما كون أحد الشرطين: أن يكون رأس المال دراهم أو دنانير على المذهب؛ فلأن الشركة بغير ذلك: إما أن تقع على الأعيان، أو على القيمة، أو على الثمن. والأول باطل لأن العقد يقتضي الرجوع عند المفاصلة برأس المال ولا مثل له فيرجع به، والثاني مثله لأن القيمة [قد تزيد بحيث يستوعب جميع الربح وقد تنقص بحيث يشاركه الآخر في ثمن ملكه الذي ليس بربح.

ولأن القيمة][1] غير متحققة المقدار فيفضي إلى التنازع.

والثالث مثله لأن الثمن معدوم حال العقد.

وأما كونها تصح بالعروض[2] على رواية؛ فلأن مقصود الشركة أن يملك كل واحد منهما نصف مال الآخر وينفذ تصرفهما فيه، وهذا موجود في العروض فوجب أن يصح فيهما كالأثمان.

فعلى هذا يُقَوَّم وقت العقد وتجعل القيمة رأس المال ليتمكن العامل من رد رأس المال عند التفاصل.

والأول المذهب. قاله المصنف رحمه الله في المغني. وفيما تقدم تنبيه على الفرق بين الأثمان والعروض فلا يصح قياسها عليه.

وأما كون الشركة بالمغشوش والفُلوس لا تصح على وجهٍ؛ فلأن المغشوش لا ينضبط غشه فلا يمكن رد مثله، والفلوس تزيد وتنقص قيمتها. أشبهت العروض.

وأما كونها تصح على وجهٍ؛ فلأن المغشوش يصير غشه كالمستهلك، والفلوس تشبه الثمن. ولهذا منع الإمام رضي الله عنه من السَّلَم فيها.

---

(١) ساقط من هـ.

(٢) مثل السابق.

قال: (والثاني: أن يشترطا لكل واحد جزءاً[1] من الربح مشاعاً معلوماً . فإن قالا: الربح بيننا فهو بينهما نصفين . فإن لم يذكرا الربح ، أو شرطا لأحدهما جزءاً مجهولاً أو دراهم معلومة ، أو ربح أحد الثوبين لم يصح . وكذلك الحكم في المساقاة والمزارعة).

أما قول المصنف رحمه الله: والثاني أن يشترطا لكل واحد جزءاً من الربح فظاهره أن ذلك شرط لصحة الشركة. وقوله بعد ذلك: فإن لم يذكرا الربح أو شرطا لأحدهما جزءاً مجهولاً أو دراهم معلومة أو ربح أحد الثوبين لم يصح صريح فيه. ووجهه[2] أن عقد الشركة مبني على أن الربح مستحق لهما بحسب الاشتراط فلم يكن بد من ذكره ؛ كالمضاربة.

فعلى هذا لو تشاركا و لم يذكرا الربح كانت الشركة باطلة لفوات شرطها.

وأما كونه يشترط كون الجزء مشاعاً ؛ فلأنه لو عين له دراهم معلومة لاحتمل أن يربح غيرها فيأخذ جميع الربح ، واحتمل أن لا يربحها فيأخذ من رأس المال جزءاً ، وقد يربح كثيراً فيستضر من شرطت له الدراهم.

وأما كونه يشترط كون الجزء معلوماً ؛ فلأن الجهل به يفضي إلى التنازع.

وأما كون الربح بين الشريكين نصفين إذا قالا: الربح بيننا ؛ [فلأن لفظ بيننا][3] لا رجحان فيه لأحد الشريكين على الآخر . ولهذا لو كانت دار في يد شخص فقال: هي بين زيد وعمرو[4] كانت لهما نصفين.

وأما كونه لا يصح إذا لم يذكرا الربح أو شرطاه غير مشاع أو مجهولاً ؛ فلما تقدم من اشتراط ذلك كله.

وأما كون الحكم في المساقاة والمزارعة كالحكم في الشركة في اشتراط ذلك كله ؛ فلاشتراك الكل في المعنى الموجب للاستواء حكماً . هذا تعليل[5] كلام المصنف . وفيما

---

(١) في هـ: جزء.

(٢) في هـ: ووجه.

(٣) ساقط من هـ.

(٤) في هـ: وعمر.

(٥) في هـ: التعليل.

قاله نظر نقلاً ودليلاً : أما النقل فذكر المصنف في المغني كلاماً يتضمن صحة العقد إذا لم يذكرا الربح فقال جواباً عن قول الشافعي رحمه الله: الربح على قدر المال بدليل أنه يصح عقد الشركة وإطلاق الربح فلا يجوز تغييره بالشرط كالخسران: أما حالة الإطلاق فإنه لما لم يكن شرطٌ يُقَسَّم الربحُ عليه ويتقدر به قدرناه بالمال فإذا وجد الشرط فهو الأصل . وهذا يتضمن صحة العقد مع عدم الاشتراط من وجهين:

أحدهما: أنه لم يجبه بالمنع.

والثاني: أنه قسم الربح على قدر المال و لم يذكر الرجوع بأجرة العمل على وجه.

وقال في موضع آخر: والحكم في الشركة كالحكم في المضاربة في معرفة ما لكل واحد منهما من الربح . ثم قال: إلا أنهما إذا أطلقا الربح اقتضى أن يكون بينهما على قدر المالين وشركة الوجوه على قدر ملكيهما في المشترى لأن لهما أصلاً يرجع إليه ويقدر الربح به بخلاف المضاربة .

وأما الدليل فما ذكره المصنف من أن رأس المال في الشركة يتقدر به الربح فلا يؤدي إلى المنازعة بخلاف المضاربة فإنه إذا لم يكن يذكر نصيب العامل من الربح أدى إلى جهالة ما يستحقه العامل من الربح ؛ لأنه لا مال له يرجع في نصيبه إليه.

قال: (ولا يشترط أن يخلطا المالين ، ولا أن يكونا من جنس واحد).

أما كون الشركة لا يشترط فيها أن يخلط الشريكان المالين ؛ فلأنه[1] عقد يقصد به الربح فلم يشترط فيه خلط المال كالمضاربة ، أو يقال : عقد على[2] التصرف فلم يكن من شرطه الخلط ؛ كالوكالة.

وأما كونها لا يشترط فيها أن يكونا من جنس واحد ؛ فلأنهما من جنس الأثمان فصحت الشركة فيهما كالجنس الواحد.

فعلى هذا يصح أن يخرج الواحد دراهم والآخر دنانير وإذا أرادا القسمة أخذ صاحب الدراهم دراهمه وصاحب الدنانير دنانيره ثم يقتسمان ما فضل بشرطه.

---

(١) في هـ: فلأنهما.

(٢) في هـ: يفيد.

قال: (وما يشتريه كل واحد منهما بعد عقد الشركة فهو بينهما . وإن تلف أحد المالين فهو من ضمانهما . والوضيعة على قدر المال).

أما كون ما يشتريه كل واحد من الشريكين بعد عقد الشركة بينهما ؛ فلأنهما لو اشتريا ذلك بعد الاختلاط لكان الحكم كذلك فكذا إذا لم يختلطا.

وأما كون تلف أحد المالين من ضمانهما ؛ فلأنه صار في حكم مالهما بعقد الشركة فوجب أن يكون من ضمانهما كالمختلط.

وأما كون الوضيعة على قدر المال ؛ فلأن الوضيعة عبارة عن نقصان رأس المال وهو مختص بالقدر فيكون النقص منه دون غيره.

فصل [في أحكام شركة العنان]

قال المصنف رحمه الله: (ويجوز لكل واحد منهما أن يبيع ، ويشتري ، ويَقبض ، ويُقبض ، ويطالب بالدين ، ويخاصم فيه ، ويحيل ، ويحتال ، ويرد بالعيب ، ويقر به ، ويقايل ، ويفعل كل ما هو من مصلحة تجارتهما).

أما كون كل واحد من الشريكين يجوز له البيع والشراء ؛ فلأنه بالنسبة إلى شريكه وكيل ، فَمَلكهما كالوكيل.

وأما كونه يجوز له القبض والإقباض ؛ فلأنه مؤتمن في ذلك فَمَلكهما . بخلاف الوكيل في قبض الثمن لما تقدم[1] فإنه قد لا يأتمنه.

وأما كونه يجوز له المطالبة بالدين والمخاصمة فيه ؛ فلأن من ملك قبض شيء ملك المطالبة به والمخاصمة فيه . دليله ما لو وكله في قبض دينه.

وأما كونه يجوز له الحوالة والاحتيال ؛ فلأنهما عقد معاوضة وهو يملك المعاوضة.

وأما كونه يجوز له الرد بالعيب ؛ فلأن الوكيل يرد به فالشريك بطريق الأولى.

وأما كونه يجوز له الإقرار بالعيب ؛ فلأن الوكيل يُقبل إقراره على موكّله بذلك . نص عليه لأنه تولى بيع السلعة فقبل إقراره بالعيب كمالكها.

وأما كونه يجوز له المقايلة ؛ فلأنها قد يكون الحظ فيها. وظاهر كلام المصنف رحمه الله هنا أنه يجوز له الإقالة مطلقاً.

وقال في المغني: إن قلنا هي بيع ملكها ؛ لأنه يملك البيع وإن قلنا هي فسخ لم يملكها لأن الفسخ ليس من التجارة . ثم قال: وقد ذكرنا أن الصحيح أنها فسخ فلا يملكها.

وأما كونه يجوز له فعل كل ما هو من مصلحة التجارة ؛ فلأن ذلك عادة التجار ، وقد أُذِن له في التجارة.

---

(١) ص: ٦٨٦.

قال: (وليس له أن يكاتب الرقيق، ولا يزوجه، ولا يعتقه بمال، ولا يهب، ولا يقرض، ولا يحابي، ولا يضارب بالمال، ولا يأخذ سفتجة، ولا يعطيها إلا بإذن شريكه).

أما كون كل واحد من الشريكين ليس له فعل شيء مما ذكر إذا لم يأذن شريكه له ؛ فلأن الشركة تنعقد على التجارة، وليست هذه الأشياء تجارة فلا يملكها.

وأما كونه له ذلك إذا أذن شريكه له ؛ فلأنه يكون بمنزلة الوكيل.

قال: (وهل له أن يودع، أو يبيع نسأ، أو يبضع، أو يوكل فيما يتولى مثله، أو يرهن، أو يرتهن ؟ على وجهين).

أما كون كل واحد من الشريكين له الإيداع والبيع نسأ والإبضاع على وجهٍ ؛ فلأن ذلك عادة التجار.

وأما كونه ليس له ذلك على وجهٍ فلما في ذلك من الغرر.

وأما كونه له أن يوكل وكونه ليس له ذلك فمبني على توكيل الوكيل وقد تقدم[1].

وقيل: يجوز هنا بخلاف الوكيل لأن وكيل الوكيل يستفيد مثل عقد موكله بخلاف وكيل الشريك فإنه لا يستفيد مثل عقد موكله بل يستفيد ما هو أخص منه.

وأما كونه له الرهن على ما عليهما والارتهان على مالهما في وجه ؛ فلأن الرهن يراد للإيفاء وهو يملكه، [والارتهان يراد للاستيفاء وهو يملكه][2].

وأما كونه ليس له ذلك على وجهٍ ؛ فلما فيه من الخطر.

قال: (وليس له أن يستدين على الشركة . فإن فعل فهو عليه وربحه له إلا أن يأذن شريكه).

أما كون الشريك ليس له أن يستدين على مال الشركة إذا لم يأذن شريكه في ذلك ؛ فلأنه إذا استدان أدخل في الشركة أكثر مما رضي الشريك بالمشاركة فيه . فعلى

(١) ص: ٦٧٥.

(٢) ساقط من هـ.

هذا ربحه له وضمانه عليه ؛ لأنه لم يقع للشركة فكان ربحه له وضمانه عليه كما لو لم ينوه للشركة.

وأما كونه له أن يستدين على الشركة إذا أذن له شريكه في ذلك ؛ فلأنه مأذون له في ذلك . أشبه البيع والشراء.

فعلى هذا يكون ربحه لهما وضمانه عليهما كسائر أموال الشركة.

قال: (وإن أخر حقه من الدين جاز . وإن تقاسما الدين في الذمة لم يصح في إحدى الروايتين. وإن أبرأ من الدين لزم في حقه دون صاحبه . وكذلك إن أقر بمال. وقال القاضي: يقبل إقراره على مال الشركة).

أما كون الشريك يجوز له أن يؤخر حقه من الدين ؛ فلأنه إسقاط لحقه من المطالبة فجاز أن ينفرد به كالإبراء.

وأما كون الشريكين إذا تقاسما الدين في الذمة -وهو : أن يكون على جماعة دين فيتفق الشريكان على أن يكون لأحدهما ما على فلان وللآخر ما على فلان-: لا يصح في رواية ؛ فلأن الذمم لا تتكافأ ولا تتعادل والقسمة تقتضي التعادل وإذا لم يحصل التعادل تكون القسمة بمنزلة البيع ، وبيع الدين بالدين لا يجوز.

وأما كونه يصح في روايةٍ ؛ فلأن الاختلاف لا يمنع القسمة قياساً على اختلاف الأعيان.

وقول المصنف رحمه الله: في الذمة ظاهر في الذمة الواحدة كإنسان عليه دين لهما ، ويجوز أن يشمل ما فسرناه أولاً ، ويجب حمله عليه ؛ لأنه قال في المغني بعد ذكر قَسْم ما في الذمم : هذا إذا كان في ذمم فأما في الذمة الواحدة فلا يمكن القسمة ؛ لأن معنى القسمة إفراز ، ولا يتصور ذلك في ذمة واحدة.

وأما كون الشريك تلزمه البراءة في حقه دون صاحبه فيما إذا أبرأ من الدين ؛ فلأن شريكه إنما أذن له في التجارة وليس الإبراء داخلاً فيها.

وأما كون حكم إقراره بمال حكم إبرائه من الدين على المذهب ؛ فلما ذكر في الإبراء.

وأما كونه يقبل إقراره على مال الشركة على قول القاضي ؛ فلأنه يجوز له الشراء نسأ وهو إقرار ببقاء الثمن.

قال: (وعلى كل واحد منهما أن يتولى ما جرت العادة أن يتولاه من نشر الثوب وطيه وختم الكيس وإحرازه . فإن استأجر من يفعل ذلك فالأجرة عليه . وما جرت العادة أن يستنيب فيه فله أن يستأجر من يفعله . فإن فعله ليأخذ أجرته فهل له ذلك ؟ على وجهين).

أما كون كل واحد من الشريكين عليه أن يتولى ما جرت عادة الشريك أن يتولاه ؛ فلأن ذلك هو المعتاد فحمل الإطلاق عليه كالحِرْز والقبض.

وأما قول المصنف: من نشر الثوب وطيه وختم الكيس وإحرازه فبيان لصورٍ جرت العادة أن يتولاها كل واحد من الشريكين.

وأما كون الأجرة عليه إذا استأجر من يفعل ذلك ؛ فلأن العمل عليه . فكذلك بدله.

وأما كونه له أن يستأجر من يفعل ما جرت العادة أن يستنيب فيه كالنداء وحمل المتاع ونحوهما ؛ فلأن العادة لم تجر بفعل الشريك ذلك بنفسه ، ولا بد من فعله لأن الحاجة تدعو إليه.

فعلى هذا إن فعله متبرعاً فلا شيء له ، وإن فعله ليأخذ أجرته فهل له ذلك ؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا شيء له ؛ كما لو فعله متبرعاً.

والثاني: له ذلك لأنه فعل ما لا بد من فعله فاستحق الأجرة عليه كما لو دفعه إلى من يفعله.

وحكى المصنف في المغني هذين الوجهين روايتين ثم قال: والصحيح أنه لا شيء له ؛ لأنه عمل عملاً في مال غيره لم يجعل له في مقابلته شيء . فلم يستحق شيئاً ؛ كالأجنبي.

فصل [في شروط الشركة]

قال المصنف رحمه الله: (والشروط في الشركة ضربان:

صحيح ؛ مثل : أن يشترط أن لا يتجر إلا في نوع من المتاع ، أو بلد بعينه ، أو لا يبيع إلا بنقد معلوم ، أو لا يسافر بالمال ، أو لا يبيع إلا من فلان.

وفاسد ؛ مثل : أن يشترط ما يعود بجهالة الربح ، أو ضمان المال ، أو أنّ عليه من الوضيعة أكثر من قدر ماله ، أو أن يوليه ما يختار من السلع ، أو يرتفق بها ، أو لا يفسخ الشركة مدة بعينها . فما يعود بجهالة الربح يفسد به العقد . ويُخَرَّج في سائرها روايتان).

أما كون شروط الشركة ضربين صحيحاً وفاسداً ؛ فلأنها عقد فكان فيها شروط صحيحة وأخرى فاسدة كالبيع.

وأما كون شرط أن لا يتجر إلا في نوع من المتاع ، أو بلد بعينه ، أو لا يبيع إلا بنقد معلوم ، أو لا يسافر بالمال ، أو لا يبيع إلا من فلان من الشروط الصحيحة ؛ فلأن تصرف الشريك في مال شريكه إنما هو بطريق الوكالة ، وغير ما ذكر غير موكل فيه فلم يكن شرط عدم التصرف فيه فاسداً.

وأما كون باقي الشروط المذكورة فاسداً : أما ما يعود بجهالة الربح ، كما مثّل المصنف رحمه الله ؛ فلأنه يفضي إلى جهل حق كل واحد منهما من الربح ، ومن شرط صحة الشركة كونه معلوماً .

وأما ضمان المال وأن[1] عليه من الوضيعة أكثر من قدر ماله ؛ فلأنه ينافي مقتضى العقد لما تقدم من أن الوضيعة على قدر المال.

---

(١) في هـ: فإن.

وأما توليته ما يختار من السلع وارتفاقه بها ؛ فلأن ذلك لا مصلحة للعقد فيه . أشبه ما ينافيه.

وأما كونه لا يفسخ الشركة مدةً بعينها ؛ فلأن الشركة عقد جائز ، واشتراط لزومها ينافي مقتضاها ؛ كالوكالة.

وأما كون ما يعود بجهالة الربح يَفسد به العقد ؛ فلأن الفساد لمعنى[1] في العوض المعقود عليه فأفسد العقد ؛ كما لو جُعل رأس المال خمراً أو خنزيراً.

وأما كون سائرها يُخَرَّج فيه روايتان ؛ فبالقياس على الروايتين في فساد البيع بذكر الشرط الفاسد فيه[2].

قال: (وإذا فسد العقد قسم الربح على قدر المالين. وهل يرجع أحدهما بأجرة عمله ؟ على وجهين).

أما كون الربح يقسم على قدر المالين إذا فسد العقد ؛ فلأن الربح تابع للمال.

وأما كون كل واحد يرجع بأجرة عمله على وجهٍ ؛ فلأنه إنما عمل في مقابلة ما يحصل له ، فإذا فات الربح تعينت الأجرة.

وأما كونه لا يرجع على وجهٍ ؛ فلأنه عمل[3] عملاً لغيره لم يجعل له في مقابلته شيء . أشبه الأجنبي.

---

(١) في هـ: في المعنى.

(٢) ر ص: ٦٤.

(٣) ساقط من هـ.

فصل [في المضاربة]

قال المصنف رحمه الله: (الثاني: المضاربة . وهي : أن يدفع ماله إلى آخر يتجر فيه ، والربح بينهما).

أما كون الثاني من أضرب الشركة المضاربة ؛ فلأنها تلي الأول . والمضاربة مشتقة من الضرب في الأرض والسفر بها للتجارة . قال الله تعالى: ﴿وآخرُون يَضربون في الأرض يبتغون من فضلِ الله﴾ [المزمل:٢٠] . ويحتمل أن يكون من ضرب كل واحد منهما في الربح ويسمى قراضاً . واشتقاقه من القطع يقال: قرض الفأر الثوب أي قطعه . فكأن صاحب المال قطع من ماله قطعة وسلمها إلى العامل واقتطع له قطعة من الربح.

وقيل: اشتقاقه من المساواة والموازنة . يقال: تقارض الشاعران[1] إذا وازن كل واحد منهما الآخر بشعره . وهاهنا من العامل العمل ومن الآخر المال فتوازنا .

وأجمع أهل العلم على صحتها في الجملة.

وروى حميد بن عبدالله عن أبيه عن جده «أن عمر بن الخطاب أعطاه مال يتيمٍ مضاربة يعمل به في العراق »[2].

وروى مالك عن زيد بن أسلم عن أبيه «أن عبدالله وعبيدالله ابني عمر بن الخطاب خرجا في جيشٍ إلى العراق فتسلفا من أبي موسى مالاً وابتاعَا به متاعاً وقدمَا به إلى المدينة فباعَاهُ وربحا فيه . فأراد عمرُ أخذَ رأسِ المال والربح كله . فقالا: لو تلف كان ضمانُه علينا فَلِمَ لا يكونُ ربحُهُ لنا ؟ فقال رجل: يا أمير المؤمنين ! لو جعلتَهُ قِراضاً . قال: قد جعلته . وأخذ منهما نصف الربح »[3] . وهذا يدل على صحة القراض.

(١) في هـ: الشاعر.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٢١٣٦١) ٤: ٣٩٥ كتاب البيوع ، في مال اليتيم يدفع مضاربة.

(٣) أخرجه مالك في الموطأ (١) ٢: ٥٢٩ كتاب القراض، باب ما جاء في القراض.
وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦: ١١٠ كتاب القراض.

وروي «عن عثمان[1] ، وعلي[2] ، وابن مسعود ، وحكيم بن حزام[3] أنهم قارضوا » . ولا مخالف لهم في الصحابة فكان إجماعاً.

ولأن بالناس حاجة إلى المقارضة فإن الدراهم والدنانير لا تنمى إلا بالتقليب والتجارة ، وليس كلٌّ من يملكها يحسن التجارة ، [ولا كل من يحسن التجارة][4] له رأس مال[5] فاحتيج إليها من الجانبين فشرعها الله تعالى لدفع الحاجتين.

وأما قول المصنف: وهي أن يدفع ماله ... إلى آخره فبيان لمعنى المضاربة شرعاً.

قال: (فإن قال: خذه فاتجر به والربح كله لي فهو إبضاع . وإن قال: والربح كله لك فهو قرض . وإن قال: والربح بيننا فهو بينهما نصفين).

أما كون قول رب المال: خذه فاتجر به والربح كله لي فهو إبضاعاً ؛ فلأنه قرن به حكم الإبضاع فانصرف إليه.

وأما كون قوله: فاتجر به والربح كله لك قرضاً ؛ فلأن اللفظ يصلح له وقد قرن به حكمه فانصرف إليه.

وأما كون الربح بينهما نصفين فيما إذا قال: الربح بيننا ؛ فلأنه أضافه إليهما إضافة واحدة لم يترجح فيها أحدهما على صاحبه فاقتضى التسوية كما تقدم في الشركة[6] ، وكما لو قال: هذه الدار بيني وبين عمرو.

---

(١) أخرج مالك في موطئه عن العلاء بن عبدالرحمن عن أبيه : « أن عثمان أعطاه مالاً مقارضة » . كتاب القراض ، باب: ما جاء في القراض .

(٢) أخرج عبدالرزاق في مصنفه عن الشعبي عن علي : « في المضاربة : الوضيعة على المال ، والربح على ما اصطلحوا عليه » . (١٥٠٨٧) ٨: ٢٤٨ كتاب البيوع ، باب: نفقة المضارب ووضيعته.

(٣) أخرج البيهقي في السنن الكبرى عن حكيم بن حزام : « أنه كان يدفع المال مضاربة إلى أجل » . ٦: ١١١ كتاب البيوع .

(٤) ساقط من هـ.

(٥) في هـ: المال.

(٦) ص: ٦٩٨.

قال: (وإن قال: خذه مضاربة والربح كله لك أو لي لم يصح . وإن قال: لك ثلث الربح صح والباقي لرب المال . وإن قال: ولي ثلث الربح فهل يصح ؟ على وجهين . وإن اختلفا لمن الجزء المشروط فهو للعامل).

أما كون قول رب المال: خذه مضاربة والربح كله لك أو لي لا يصح ؛ فلأن المضاربة تقتضي كون الربح بينهما ، فإذا شرط اختصاص أحدهما بالربح فقد شرط ما ينافي مقتضاها . أشبه ما لو شرط الربح في شركة لأحدهما.

وأما كون قوله: لك ثلث الربح يصح ؛ فلأن نصيب العامل معلوم.

وأما كون الباقي لرب المال ؛ فلأنه لا يحتاج إلى ذكر نصيبه لأنه يستحق الربح بماله لكونه نماؤه وفرعه.

وأما كون قوله: ولي ثلث الربح يصح على وجهٍ ؛ فلأن الربح لا يستحقه غيرهما فإذا شرط لأحدهما شيء علم أن الباقي للآخر كما علم كون ثلث الميراث للأب من قوله: ﴿وورثه أبواه فلأمه الثلث﴾ [النساء:١١].

وأما كونه لا يصح على وجهٍ ؛ فلأن العامل إنما يستحق بالشرط ولم يشرط له شيء.

وأما كون الجزء المشروط للعامل إذا اختلفا لمن هو ؛ فلأن الشرط له لأن رب المال يستحق الربح بماله والعامل بعمله والعمل يقل ويكثر وإنما تتقدر حصته بالشرط فكان له.

قال: (وكذلك حكم المساقاة والمزارعة . وحكم المضاربة حكم الشركة فيما للعامل أن يفعله أو لا يفعله وما يلزمه فعله[1] وفي الشروط . وإن فسدت فالربح لرب المال وللعامل الأجرة . وعنه: له الأقل من الأجرة أو ما شرط له من الربح).

أما كون حكم المساقاة والمزارعة حكم المضاربة ؛ فلأن كل واحد من العامل في المساقاة والمزارعة والمضاربة إنما يستحق بفعله وفي ذلك مساواة بينهم معنى فوجب أن يحصل التساوي بينهم حكماً.

فإن قيل: ما المقصود بالتشبيه هنا ؟

---

(١) ساقط من هـ.

قيل: هو أن صاحب الشجر والأرض إذا قال: الثمرة أو الزرع بيننا فالثمرة أو الزرع بينهما نصفين ، وإذا قال: لك ثلث ذلك صح والباقي لرب الشجرة أو الأرض ، وإذا قال: ولي ثلث ذلك فعلى وجهين.

وأما كون حكم المضاربة حكم الشركة فيما تقدم ذكره ؛ فلاشتراكهما في التصرف بالإذن.

وأما كون الربح لرب المال إذا فسدت المضاربة ؛ فلأنه نماء ملكه والعامل إنما يستحق بالشرط فإذا جهل لم يستحق المشروط.

وأما كون العامل له أجرة المثل على المذهب ؛ فلأن عمل العامل إنما كان في مقابلة المسمى فإذا لم تصح التسمية وجب رد عمله عليه ، وذلك متعذر فوجب له أجرة المثل كما لو اشترى شراء فاسداً فقبضه وتلف.

وأما كونه له الأقل من الأجرة أو ما شرط له من الربح ؛ فلأنه إن كان الأقل الأجرة فهو لا يستحق غيرها لبطلان الشرط ، وإن كان الأقل المشروط فهو قد رضي به.

قال: (وإن شرطا تأقيت المضاربة فهل تفسد ؟ على روايتين).

أما كون المضاربة تفسد بشرط تأقيتها على رواية ؛ فلأنه شرط ينافي مقتضى العقد.

وأما كونها لا تفسد على رواية ؛ فلأن ذلك قد يكون فيه لرب المال غرض صحيح.

فإن قيل: الحكم المذكور داخلٌ فيما تقدم من قوله: وحكم المضاربة حكم الشركة لأنه قال: وفي الشروط . وقد تقدم في الشركة[1] : أن من الشروط الفاسدة أن يشترط أن لا يفسخ الشركة مدة بعينها وهو المعيّ بالتأقيت؟

قيل: ليس الأمر كذلك ؛ لأن معناهما[2] مختلف ، ولذلك حكى المصنف رحمه الله الخلاف المذكور في الكافي في صحة التأقيت لا في فساد الشرط المتقدم ذكره.

(١) ص: ٧٠٥.

(٢) في هـ: معناها.

قال: (وإن قال: بع هذا العرض وضارب بثمنه ، أو اقبض وديعتي وضارب بها ، أو إذا قدم الحاج فضارب بهذا صح . وإن قال: ضارب بالدَّين الذي عليك لم يصح).

أما كون المضاربة تصح فيما إذا قال: بع هذا العرض وضارب بثمنه ؛ فلأنه إذا باعه صار الثمن في يده أمانة فصار كما لو كان المال عنده وديعة.

وأما كونها تصح فيما إذا قال: اقبض وديعتي وضارب بها ؛ فلأن الوديعة إذا قبضها صارت أمانة في يده فوجب أن تصح المضاربة بها كما تقدم ، وكما لو قال: ضارب بهذه الألف التي في زاوية البيت.

وأما كونها تصح فيما إذا قال: إذا قدم الحاج فضارب بهذا ؛ فلأنها عقد يتصرف فيه بالإذن فجاز أن يقع معلقاً كالوكالة.

وأما كونها لا تصح فيما إذا قال: ضارب بالدين الذي عليك ؛ فلأن المال الذي في يد الغريم له ، وإنما يصير لغريمه بقبضه ، وما قبضه ، ولا يصح قبض الإنسان من نفسه.

قال: (وإن أخرج مالاً ليعمل هو فيه وآخر والربح بينهما صح . ذكره الخرقي. وقال القاضي: إذا شرط المضارب أن يعمل معه رب المال لم يصح ، وإن شرط عمل غلامه فعلى وجهين).

أما كون ما ذكر يصح على قول الخرقي ؛ فلأن العمل أحد ما يتم به المضاربة فصح أن ينفرد به أحدهما مع وجود الأمرين من الآخر كما لو كان من أحدهما مال ومن الآخر عمل ومال.

وأما كونه لا يصح إذا شرط المضارب عمل رب المال معه على قول القاضي ؛ فلأن المضاربة تقتضي تسليم المال إلى المضارب فإذا شرط عليه العمل لم يتسلمه ؛ لأن يده عليه وذلك يخالف مقتضاها.

وأما كونه يصح إذا شرط عمل غلامه على وجهٍ ؛ فلأن عمل الغلام يصح أن يكون تابعاً لعمل العامل بخلاف عمل سيده .

ولأن[1] عمل الغلام مال لسيده فصح ضمه إليه كما يصح أن يضم إليه بهيمة يحمل عليها.

وأما كونه لا يصح على وجهٍ ؛ فلأن يد الغلام كيد سيده وعمله كعمله.

(١) في هـ: فلأن.

فصل

قال المصنف رحمه الله: (وليس للعامل شراء من يعتق على رب المال . فإن فعل صح وعتق وضمن ثمنه . وعنه : يضمن قيمته علم أو لم يعلم .

وقال أبو بكر: إن لم يعلم لم يضمن . ويحتمل أن لا يصح البيع).

أما كون العامل ليس له شراء من يعتق على رب المال ؛ فلأن عليه في ذلك ضرراً.

ولأن المضاربة عقدت للربح حقيقة أو مظنة وذلك منتف في شراء من ذكر.

وأما كون الشراء يصح إذا فعل ذلك على المذهب ؛ فلأنه مال متقوم ، قابل للعقود فصح شراء العامل له كما لو اشترى من نذر رب المال حريته إذا ملكه.

وأما كون المشتري يعتق ؛ فلأن رب المال ملكه وذلك موجب للعتق لما يأتي في موضعه.

وأما كون العامل يضمن ثمنه على المذهب ؛ فلأن التفريط فيه حصل.

وأما كونه يضمن قيمته على رواية ؛ فلأنه تلف بفعله . أشبه ما لو قتله.

وأما كونه يضمن عَلِمَ أو لم يَعْلم على المذهب ؛ فلأن الإتلاف لا فرق فيه بينهما.

وأما كونه لا يضمن على قول أبي بكر إن لم يعلم ؛ فلأنه معذور حيث لم يعلم .

والأول أصح . قاله في المغني لما تقدم.

وأما كونه يحتمل أن لا يصح البيع ؛ فلأن الإذن في المضاربة إنما ينصرف إلى ما يمكن بيعه والربح فيه ، ومن يعتق على رب المال ليس كذلك .

والأول أصح ؛ لأن ما ذكر ثانياً ينتقض[1] بشراء من نذر رب المال حريته إذا ملكه.

---

(١) في هـ: ذكرنا يناقض.

قال: (وإن اشترى امرأته صح وانفسخ نكاحها).

أما كون شراء المضارب من ذكر يصح ؛ فلأنه اشترى ما يمكن طلب الربح فيه فصح كما لو اشترى أجنبية.

وأما كون النكاح ينفسخ ؛ فلأن المرأة دخلت في ملك زوجها وذلك موجب للفسخ لما يأتي .

ولم يذكر المصنف رحمه الله هنا وجوب الضمان على العامل وصرح في المغني بأن ما يجب على الزوج يرجع[1] به على العامل إذا كان قبل الدخول لأنه قرره عليه فرجع به عليه كما لو أفسدت المرأة النكاح بالرضاع.

قال: (وإن اشترى من يعتق على نفسه ولم يظهر ربح لم يعتق ، وإن ظهر ربح فهل يعتق ؟ على وجهين).

أما كون من ذكر لا يعتق مع عدم ظهور الربح ؛ فلأن العامل لا يملك العبد وإنما هو ملك رب المال.

وأما كونه يعتق مع ظهور الربح ففيه وجهان مبنيان على أن العامل هل يملك نصيبه من الربح بالظهور أو بالقسمة وفيه روايتان.

فإن قيل: إنه يملكه بالظهور عتق عليه لأنه ملكه بفعله فعتق عليه كما لو اشتراه بماله .

وأطلق المصنف رحمه الله العتق وظاهره عتق كله.

وقال في المغني: يعتق عليه بقدر حصته من الربح إن كان معسراً ويقوم عليه باقيه إن كان موسراً .

وعلى اليسار أو أن له من الربح ما يقابل قيمة العبد المعتق يجب حمل كلام المصنف رحمه الله هنا.

وإن قيل: لا يملك إلا بالقيمة لم يعتق عليه لأنه ما ملكه .

---

(١) في هـ: ويرجع.

وحكى في المغني وجهاً ثالثاً: أنه لا يعتق وإن قيل أنه يملك بالظهور ؛ لأن الربح وقاية لرأس المال فلم يعتق لأن ملكه لم يتم عليه.

قال: (وليس للمضارب أن يضارب لآخر إذا كان فيه ضرر على الأول . فإن فعل رد نصيبه من الربح في شركة الأول).

أما كون المضارب ليس له أن يضارب لآخر مع الضرر على الأول ؛ فلأن المضاربة تنعقد على الحفظ والنماء ، فإذا فعل ما يمنعه من ذلك لم يكن له ؛ كما لو أراد التصرف بالعين.

وأما كونه يرد نصيبه من ربح المضاربة الثانية في المضاربة الأولى ؛ فلأنه استحق ذلك بالمنفعة التي استحقت بالعقد الأول فكان بينهما كالأول.

وفي تقييد المصنف رحمه الله قوله: وليس للمضارب أن يضارب لآخر بكونه فيه ضرر على الأول إشعار بأنه إذا لم يكن فيه ضرر على الأول له ذلك وهو صحيح ؛ لأن المانع الضرر ولا ضرر هنا.

ولأن عقد المضاربة لا يقتضي ملك كل منافع العامل.

قال: (وليس لرب المال أن يشتري من مال المضاربة شيئاً لنفسه . وعنه : يصح . وكذلك شراء السيد من عبده المأذون).

أما كون رب المال ليس له أن يشتري من مال المضاربة شيئاً لنفسه على المذهب ؛ فلأنه ملكه فلم يكن له شراءه ؛ كما لو اشترى ذلك من وكيله أو عبده المأذون الذي لا دين عليه.

وأما كونه يصح على رواية ؛ فلأنه قد تعلق حق المضارب به فجاز له شراءه ؛ كما لو اشترى من مكاتبه .

والأول أصح ؛ لما ذكر . والفرق بين مال المضاربة وبين المكاتب أن السيد لا يملك ما في يده ولهذا لا يزكي ما في يده ويؤخذ منه بالشفعة.

وأما كون شراء السيد من عبده المأذون كشراء رب المال من مال المضاربة ؛ فلأن ما ذكر جار فيه.

فإن قيل: ظاهر التشبيه جريان الخلاف في شراء السيد من عبده مطلقاً.

قيل: مُسَلَّم . لكن يجب حمل الجواز على ما إذا كان عليه دين بقدر قيمته لأن المسألة قد تقدمت في باب المأذون مقيدة بذلك.

قال المصنف في المغني: والصحيح الأول لما تقدم من أنه ملكه . واستحقاق أخذ ما في يده لا يوجب زوال الملك . دليله مال المفلس.

قال: (وإن اشترى أحد الشريكين نصيب شريكه صح . وإن اشترى الجميع بطل في نصيبه . وفي نصيب شريكه وجهان . ويتخرج أن يصح في الجميع).

أما كون شراء أحد الشريكين نصيب شريكه يصح ؛ فلأنه ملك غيره فصح شراؤه له كالأجنبي.

وأما كونه يبطل في نصيبه إذا اشترى الجميع ؛ فلأنه مِلْكُه ، ولا يصح شراء الإنسان ذلك.

وأما كون نصيب شريكه فيه وجهان فمبنيان على تفريق الصفقة.

وأما كونه يتخرج أن يصح في الجميع فمبني على أن لرب المال الشراء من مال المضاربة . ذكره المصنف في المغني.

قال: (وليس للمضارب نفقة إلا بشرط . فإن شرطها له وأطلق فله جميع نفقته من المأكول والملبوس بالمعروف . فإن اختلفا رجع في القوت إلى الإطعام في الكفارة ، وفي الملبوس إلى أقلّ ملبوسِ مثله).

أما كون المضارب ليس له نفقة مع عدم الشرط ؛ فلأنه دخل على أنه يستحق من الربح الجزء المسمى فلم يكن له غيره.

ولأنه لو استحق النفقة لأفضى إلى أن يختص بالربح إذا لم يربح سوى ما أنفقه.

وأما كونه له النفقة مع الشرط فلقوله ﷺ: «المؤمنون على شروطهم»[1] رواه الترمذي. وقال: حديث حسن صحيح.

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٥٩٤) ٣: ٣٠٤ كتاب الأقضية، باب في الصلح.

⇦

وتصح مقدرة ولا نزاع فيه ، ومطلقاً لأن له معهود يرجع فيه إليه فإذا أطلقا كان له نفقة مثله بالمعروف لأنه كذلك تجب لمن تجب عليه نفقته.

وأما كونه يرجع مع الاختلاف في القوت إلى الإطعام في الكفارة[1] ، وفي الملبوس إلى أقل ملبوس مثله ؛ فلأن المطلق من كلام الآدميين محمول على المقيد من كلام الشرع وهو كذلك .

وفيما ذكره المصنف رحمه الله نظر ؛ لأنه إن لحظت الكفارة في ذلك فليرجع في القوت والملبوس إليها ، وإن لحظ حاله فليرجع فيهما إلى قوت[2] مثله وملبوس مثله ؛ كالزوجة . وهو أشبه . وحكاه صاحب المحرر فيه و لم يحك ما تقدم ذكره.

قال: (وإن أذن له في التسري فاشترى جارية ملكها وصار ثمنها قرضاً . نص عليه).

أما كون العامل يملك الجارية ؛ فلأن رب المال أذن له في التسري ، والإذن في التسري يستدعي الإذن في الوطء ، والوطء لا يجوز في غير عقد نكاح أو ملك يمين لقوله تعالى: ﴿إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم﴾ [المؤمنون:٦] ، ولا عقد نكاح هنا . فيتعين الملك.

وأما كون ثمنها يصير قرضاً ؛ فلأن المال لربه و لم يوجد منه ما يدل على تبرعه فوجب كونه قرضاً لأنه المتيقن.

قال: (وليس للمضارب ربح حتى يستوفي رأس المال . وإن اشترى سلعتين فربح في إحداهما وخسر في الأخرى ، أو تلفت جُبرت الوضيعة من الربح).

أما كون المضارب ليس له ربح حتى يستوفي رأس المال ؛ فلأن معنى الربح هو الفاضل عن رأس المال فإذا لم يفضل فليس بربح.

⇨

وأخرجه الترمذي في جامعه (١٣٥٢) ٣: ٦٣٤ كتاب الأحكام، باب ما ذكر عن رسول الله ﷺ في الصلح بين الناس.

(١) في هـ: في الإطعام.

(٢) في هـ: فليرجع فيها قوت.

وأما كون الوضيعة تجبر من الربح في صورتي الخسران والتلف ؛ فلأن تلك مضاربة واحدة فجبرت الوضيعة من الربح ؛ كما لو اشترى شيئاً فربح فيه في وقت وخسر فيه في آخر قبل فسخ المضاربة.

قال: (وإن تلف بعض رأس المال قبل التصرف فيه انفسخت فيه المضاربة . وإن تلف المال ثم اشترى سلعة للمضاربة فهي له وثمنها عليه إلا أن يجيزه رب المال . وإن تلف بعد الشراء فالمضاربة بحالها والثمن على رب المال).

أما كون المضاربة تنفسخ في التالف فيما إذا تلف بعض رأس المال قبل التصرف فيه ؛ فلأنه تلف قبل التصرف . أشبه التالف قبل القبض.

وأما كون السلعة المشتراة للمضاربة بعد تلف المال للمضارب إذا لم يجز الشراء رب المال ؛ فلأن المضاربة انفسخت بالتلف فالشراء بعده شراء غير مستند إلى إذن.

فعلى هذا يكون ثمنها عليه لأن الثمن على من له الملك.

وأما كونها لرب المال إذا أجاز ذلك فمبني على تصرف الفضولي إذا أجازه المالك وفيه خلاف تقدم ذكره وتعليله[1].

وأما كون المضاربة بحالها إذا كان التلف بعد الشراء ؛ فلأن الموجب لفسخ المضاربة التلف و لم يوجد حين الشراء ولا قبله.

فعلى هذا يكون الثمن على رب المال لأن الشراء صادف المضاربة بحالها وذلك يوجب كون الشراء له فيكون الثمن عليه.

قال: (وإذا ظهر الربح لم يكن له أخذ شيء منه إلا بإذن رب المال . وهل يملك العامل حصته من الربح قبل القسمة ؟ على روايتين).

أما كون العامل ليس له أن يأخذ شيئاً من الربح مع عدم إذن رب المال فيه فلثلاثة أوجه:

أحدها: أن الربح وقاية لرأس المال فلا يأمن الخسران الذي ينجبر بالربح.

وثانيها: أن رب المال شريكه فلم يكن له مقاسمة نفسه بغير إذنه.

---

(١) ص: ٣٨٦.

وثالثها: أن ملكه متزلزل لأنه بعرضية أن يخرج عن يده بجبران خسارة المال.

وأما كونه له ذلك مع الإذن ؛ فلأن الحق لهما غير خارج عنهما.

وأما كون العامل يملك حصته من الربح قبل القسمة على روايةٍ ؛ فلأن الشرط صحيح ويقتضي أن يكون له[1] جزء من الربح فإذا وجد وجب أن يملكه بحكم الشرط ؛ كما يملك المساقي حصته من الثمرة بعد ظهورها ، وقياساً على كل شرط صحيح في عقد.

وأما كونه لا يملكها إلا بالقسمة على روايةٍ ؛ فلأنه لو ملكها بالظهور لكان ربحها له ، ولوجب أن يكون شريكاً لرب المال كشريكي العنان .

والأولى أصح.

قال صاحب المغني فيه: ظاهر المذهب أنه يملك بالظهور ودليله ما مر.

ولأنه يملك المطالبة بالقسمة فلو لم يكن له ملك لم يملك المطالبة بملك غيره . ولا يمتنع أن يملك وتكون وقاية لرأس المال كنصيب رب المال من الربح.

قال: (وإن طلب العامل البيع فأبى رب المال أجبر إن كان فيه ربح ، وإلا فلا).

أما كون رب المال يجبر على البيع إذا طلبه العامل وكان في المال ربح ؛ فلأن مع الربح له فيه حق فأجبر الممتنع من أدائه ؛ كسائر الحقوق.

وأما كونه لا يجبر إذا لم يكن فيه ربح ؛ فلأنه لا حق له فيه . أشبه ما لو لم يضاربه.

قال: (وإن انفسخ القراض والمال عرض فرضي رب المال أن يأخذ بماله عرضاً أو طلب البيع فله ذلك ، وإن كان ديناً لزم العامل تقاضيه).

أما كون رب المال له أن يأخذ بماله عرضاً إذا انفسخ القراض والمال عرض ؛ فلأن غاية ما في ذلك أنه يحتاج إلى التقويم لأن العامل يستحق الربح إلى حين الفسخ وذلك لا يضر . دليله المستعير إذا غرس أو بنى ، والمشتري إذا فعل ذلك فإن المعير يأخذ ذلك بالقيمة إذا رجع ، والشفيع يأخذه بها إذا طلب الشفعة . أو يقال: إذا أخذ المعير والشفيع ملك غيره بالقيمة ؛ فلأن يأخذ رب المال ماله بالقيمة بطريق الأولى.

---

(١) ساقط من هـ.

وأما كونه له طلب البيع ؛ فلأن رب المال استحق على المضارب أن يرد المال ناضاً كما أخذه وفي البيع تحصيل لذلك.

وأما كون العامل يلزمه تقاضي الدين ؛ فلأن المضاربة تقتضي رد المال على صفته ، والديون لا تجري مجرى المال الناضّ فلزمه أن ينضه ؛ كما يلزمه بيعه لو كان عرضاً.

قال: (وإن قارض في المرض فالربح من رأس المال وإن زاد على أجرة المثل ، ويقدم به على سائر الغرماء).

أما كون الربح من رأس المال فيما ذكر ؛ فلأنه عوض عن عمله.

وأما كون الزيادة منه أيضاً ؛ فلأن ما يحدث من الربح يحدث على ملك العامل بخلاف ما لو حابى المستأجر الأجير فإنه يحتسب[1] بما حاباه من ثلثه لأن الأجرة تؤخذ من ماله.

وأما كون العامل يقدم بذلك على سائر الغرماء ؛ فلأنه يملك الربح بالظهور فكان شريكاً فيه.

ولأن حقه متعلق بعين المال دون الذمة فكان مقدماً على ما تعلق بالذمة ؛ كحق الجناية . أو يقال: حقه متعلق بالمال قبل الموت فكان أسبق فقدم ؛ كالرهن.

قال: (وإن مات المضارب ولم يعرف مال المضاربة فهو دين في تركته وكذلك الوديعة).

أما كون مال المضاربة يصير ديناً في تركة الميت إذا لم يعرف بعينه ؛ فلأن الأصل بقاء المال في يده ، ولا سبيل إلى معرفة عينه ، فتعين جعله متعلقاً بالتركة.

وأما كون الوديعة كالمضاربة فلاشتراكهما في الدليل المذكور فيها.

(١) في هـ: يحسب.

فصل

قال المصنف رحمه الله: (والعامل أمين، والقول قوله فيما يدعيه من هلاك وخسران، وما يذكر أنه اشتراه لنفسه أو للقراض، وما يدعى عليه من خيانة).

أما كون العامل أمين؛ فلأنه متصرف في مال غيره بإذنه لا لمحض منفعته فكان أميناً؛ كالوكيل. وفارق المستعير فإن قَبْضَه لمنفعته[1] خاصة.

وأما كون القول قوله فيما يدعيه من جميع ما ذكر؛ فلأن تأمينه يقتضي ذلك.

ولأنه يدعى عليه ذلك وهو ينكره، والقول قول المنكر مع يمينه.

قال: (والقول قول رب المال في رده إليه، والجزء المشروط للعامل، وفي الإذن في البيع نسأ أو الشراء بكذا. وحكي عنه: أن القول قول العامل إن ادعى أجرة المثل).

أما كون القول قول رب المال في رده إليه؛ فلأن العامل قبض المال لمنفعة نفسه فلم يقبل قوله في رده؛ كالمستعير. وفارق المودع من حيث إن قبضه لمنفعة غيره.

وأما كون القول قول رب المال في الجزء المشروط للعامل؛ مثل أن يقول العامل: شرطتَ لي النصف، فيقول رب المال: بل الثلث على المذهب؛ فلأنه ينكر الزائد والعامل يدعيه والقول قول المنكر.

وأما كون القول قول العامل إن ادعى أجرة المثل أو زيادة يتغابن الناس بمثلها على رواية؛ فلأن الظاهر صحة قول من ادعى ذلك. ولم يذكر المصنف قبول قوله في زيادةٍ يتغابن الناس بمثلها فيحتمل أنه لم يره، ويحتمل أنه تركه ليعلم من الكتب المطولة. وقد صرح في المغني والكافي بقبول قوله مع ذلك على الرواية المذكورة.

(١) في و: لمنفعة.

وأما الإذن في البيع نسأ فالمنقول فيه أن القول قول العامل . كذا ذكره في المغني ، ولم يحك فيه خلافاً . وذكره بقية الأصحاب . ووجهه : أن العامل أمين ، فقبل قوله في ذلك . ولم أجد بما قاله المصنف رواية ولا وجهاً عن أحد من المتقدمين . غير أن صاحب المستوعب حكى بعد قوله : القولُ قول العامل أن ابن أبي موسى قال: ويتجه أن يكون القول قول رب المال . وربما حكى بعض المتأخرين في ذلك وجهاً . وأظنه أخذه من كلام المصنف رحمه الله هنا ، أو ظن قول ابن[1] أبي موسى يقتضي ذلك . وفي[2] الجملة لقبول قول رب المال وجه من الدليل لو وافق رواية أو وجهاً لأن رب المال يدعي عليه العامل أنه أذن له في البيع نسأ وهو ينكره والقول قول المنكر.

وأما كون القول قول رب المال في الشراء بكذا ؛ مثل أن يقول العامل: أذنت لي في شراء كذا بعشرة فيقول رب المال: بل أذنت فيه بخمسة ؛ فلأنه منكر للإذن فكان القول قوله.

ولأن قول العامل لو قبل لألزمنا رب المال بخمسة لم يعترف بها ولا دليل عليها لأن الإذن في النسأ كالإذن في المقدار.

فإن قيل: لم قُبِل قول رب المال في المقدار دون النسأ على المنصوص ؟

قيل: لم يوجد في الإذن في المقدار قرينة تدل على صدق العامل ، والأصل ينفي قوله ، فوجب العمل به لأنه مقتض ، سلم عن المعارض . بخلاف الإذن في النسأ فإن فيه قرينة تدل على صدق العامل فعارضت الأصل . بيان القرينة : أن عقد المضاربة مبني على الربح والنسأ مظنته فمن ادعى ما يقتضي حصوله يكون معه قرينة حالية دالة[3] على صدقه.

---

(١) ساقط من هـ.

(٢) في هـ: في.

(٣) في هـ: عن دالة.

قال: (وإن قال العامل ربحت ألفاً ثم خسرهًا أو هلكت قُبل قوله . وإن قال: غلطت لم يقبل قوله).

أما كون العامل يقبل قوله في دعوى الخسارة والهلاك بعد الإقرار بالربح ؛ فلأنه أمين يقبل قوله في تلف المال وخسارته فقبل قوله في خسارة الربح وهلاكه لاشتراك الكل في المعنى الموجب لاشتراكه حكماً.

وأما كونه لا يقبل قوله في دعوى الغلط ؛ فلأنه مقر فلا يقبل قوله في الرجوع عن إقراره كغيره من المقرين.

فصل [في شركة الوجوه]

قال المصنف رحمه الله: (الثالث: شركة الوجوه. وهي: أن يشتركا على أن يشتريا بجاههما دينا فما ربحا فهو بينهما. فكل واحد منهما وكيل صاحبه كفيل عنه بالثمن. والملك بينهما على ما شرطاه، والوضيعة على قدر ملكيهما فيه والربح على ما شرطاه[1]. ويحتمل أن يكون على قدر ملكيهما. وهما في التصرفات كشريكي العنان).

أما كون الثالث من أضرب الشركة: شركة الوجوه؛ فلأنها تلي الثاني.

وأما كونها تصح؛ فلأن معناها وكالة كل واحد منهما صاحبه في الشراء والبيع والكفالة بالثمن وكل ذلك صحيح.

وأما قول المصنف رحمه الله: وهي أن يشتركا ... إلى كفيل عنه بالثمن فبيان لمعناها.

وأما كون الملك بينهما على ما شرطاه؛ فلأن العقد مبناه على الوكالة فتقيد بما أذن فيه.

وأما كون الوضيعة على قدر ملكيهما؛ فلأنها كذلك في شركة العنان فليكن هاهنا كذلك.

وأما كون الربح على ما شرطاه[2] على المذهب؛ فلأن العمل بينهما قد يتساويا فيه بحسب الشرط كالعنان.

---

(١) في هـ: شرطا.

(٢) في هـ: شرطا.

وأما كونه يحتمل أن يكون على قدر ملكيهما ؛ فلأن الربح هاهنا يستحق بالضمان وهو لا يضمن بطريق الأصالة إلا قدر ملكه فلا يكون له من الربح إلا قدر ملكه «لأن النبي ﷺ نهى عن ربح ما لم يضمن»[1].

وأما كون تصرفهما كتصرف شريكي العنان ؛ فلأن كل واحد من شريكي العنان متصرف في نصيبه بطريق الأصالة وفي نصيب شريكه بطريق الوكالة ، وبعد أخذ شريكي الوجوه المال بجاههما يكون تصرف كل واحد منهما في نصيبه بطريق الأصالة وفي نصيب شريكه بطريق الوكالة ، فوجب جعل تصرفهما كتصرف شريكي العنان . ضرورة استوائهما في جهة التصرف.

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٥٠٤) ٣: ٢٨٣ كتاب البيوع، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٢٣٤) ٣: ٤٩٢ كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك.
وأخرجه النسائي في سننه (٤٦٣١) ٧: ٢٩٤ كتاب البيوع، شرطان في بيع وهو أن يقول: أبيعك هذه السلعة إلى شهر بكذا...
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢١٨٨) ٢: ٧٣٧ كتاب التجارات، باب النهي عن بيع ما ليس عندك، وعن ربح ما لم يضمن.
وأخرجه أحمد في مسنده (٦٦٢٨) ٢: ١٧٥.

فصل [في شركة الأبدان]

قال المصنف رحمه الله: (الرابع: شركة الأبدان . وهي : أن يشتركا فيما يكتسبان بأبدانهما . فهي شركة صحيحة ، وما يتقبله أحدهما من العمل يصير في ضمانهما ، يطالبان به ويلزمهما عمله . وهل يصح مع اختلاف الصنائع؟ على وجهين).

أما كون الرابع من أضرب الشركة شركة الأبدان ؛ فلأنه يلي الثالث.

وأما قول المصنف رحمه الله: وهي أن يشتركا فيما يكتسبان بأبدانهما فبيان لمعنى شركة الأبدان.

وأما كونها صحيحة فلما روي عن عبدالله قال: «اشتركتُ أنا وسعدٌ وعمارٌ يومَ بدرٍ . فلمْ أَجئْ أنا وعمارٌ بشيء وجاءَ سعدٌ بأسيرين »[1] رواه أبو داود والأثرم.

ومثل هذا لا يخفى على النبي ﷺ.

فإن قيل: الغنائم مشتركة بين الغانمين بحكم الله فكيف يصح اختصاص هؤلاء بالشركة فيها؟ وقال بعض الشافعية: غنائم بدر كانت لرسول الله ﷺ فكان له أن يدفعها إلى من شاء فيحمل أن يكون إقراره لهم على ذلك لذلك.

قيل: أما الأول فلا يصح لأن غنائم بدر كانت قبل أن يشرك الله بين الغانمين فيها ولهذا نقل أن رسول الله ﷺ قال: «من أخذ شيئاً فهو له »[2] . فكان ذلك من قِبَل المباحات مَنْ سَبَقَ إلى أخذ شيءٍ فهو له.

وأما الثاني فهو مثل الأول ؛ لأن الشركة كانت قبل نزول قوله تعالى: ﴿قل الأنفال لله والرسول﴾ [الأنفال:١] . ويدل على صحة هذا أنها لو كانت لرسول الله ﷺ لم تخل :

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٣٨٨) ٣: ٢٥٧ كتاب البيوع، باب في الشركة على غير رأس مال.
وأخرجه النسائي في سننه (٤٦٩٧) ٧: ٣١٩ كتاب البيوع، الشركة بغير مال.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٢٨٨) ٢: ٧٦٨ كتاب التجارات، باب الشركة والمضاربة.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦: ٣١٦ كتاب قسم الفيء والغنيمة، باب الوجه الثالث من النفل.

إما أن يكون قد أباحها لهم فتكون كالمباحات ، أو لم[1] يبحها لهم فكيف يشتركون في شيء لغيرهم.

ولأن العمل أحد جهتي المضاربة فصحت الشركة عليه كالمال.

وأما كون ما يتقبله أحدهما من العمل يصير في ضمانهما يطالبان به ويلزمهما عمله ؛ فلأن شركة الأبدان لا تنعقد إلى على ذلك لأنه لا شيء فيها غير ذلك تنعقد عليه.

وأما كونها تصح مع اختلاف الصنائع ؛ مثل : أن يكون أحدهما خياطاً والآخر قَصّاراً وما أشبه ذلك على وجهٍ وهو للقاضي ؛ فلأنهما اتفقا في مكسب مباح فصح كما لو اتفقت الصنائع.

وأما كونها لا تصح على وجهٍ وهو لأبي الخطاب ؛ فلأن مقتضى الشركة لزوم كل واحد منهما ما يتقبله الآخر ولا يمكن القيام بذلك مع اختلاف الصنعة لأنه لا قدرة له عليه.

قال: (ويصح في الاحتشاش والاصطياد والتلصص على دار الحرب وسائر المباحات).

أما كون الشركة تصح في الاحتشاش ؛ فلأنه اشتراك في مكسب مباح فصح كالاشتراك في القصارة والخياطة.

وأما كونها في الاصطياد والتلصص على دار الحرب وسائر المباحات ؛ فلأن ذلك كما تقدم معنى فكذا يجب أن يكون حكماً.

قال: (وإن مرض أحدهما فالكسب بينهما . فإن طالبه الصحيح أن يقيم[2] مقامه لزمه ذلك).

أما كون الكسب بينهما مع مرض أحدهما ؛ فلأنه لو لم يعمل معه وهو صحيح يكون الكسب بينهما لحديث سعد المتقدم[3] . فمع العذر بطريق الأولى.

(١) في هـ: ولم.
(٢) في هـ: يقوم.
(٣) سبق ذكره ص: ٧٢٦.

وأما كون المريض يلزمه أن يقيم مقامه إذا طلب الصحيح ذلك ؛ فلأهما دخلا على أهما يعملان فإذا تعذر العمل بنفسه لزمه ما يقوم مقامه توفية للعقد ما يقتضيه.

قال: (وإن اشتركا ليحملا على دابتيهما والأجرة بينهما صح . فإن تقبلا حمل شيء فحملاه عليهما صحت الشركة ، والأجرة على ما شرطاه . وإن أجّراهما بأعيانهما فلكل واحد منهما أجرة دابته . وإن جمعا بين شركة العنان والأبدان والوجوه والمضاربة صح).

أما كونه يصح أن يشترك الشريكان ليحملا على دابتيهما ؛ فلأن الحمل قد يكون في الذمة فوجب صحة الشركة عليه ؛ كشركة الوجوه.

وأما كون الأجرة على ما شرطاه إذا تقبلا حمل شيء معلوم إلى مكان معلوم في ذممهما ثم حملاه على الدابتين ؛ فلأن تقبلهما الحمل أثبت الضمان عليهما فكانت الأجرة على ما شرطاه كشريكي الوجوه.

وأما كون كل واحد منهما له أجرة دابته إذا أجراهما بأعيانهما ؛ فلأنه لم يجب ضمان الحمل في ذممهما وإنما استحق المستأجر منفعة البهيمة التي استأجرها فوجب أن يكون لمالكها عوض المنفعة وذلك أجرة دابته وفي كون كل واحد من الشريكين له أجرة دابته إشعار بأن الشركة على عين الدواب لا تصح وصرح به المصنف في المغني وعلله بما تقدم وبأن الشركة تتضمن الوكالة والوكالة على الوجه المذكور لا تصح ثم قال: ولهذا لو قال: أجر عبدك وتكون أجرته بيني وبينك لم يصح ولو قال: بع دارك وثمنها بيننا لم يصح.

وأما كونه يصح الجمع بين شركة العنان والأبدان والوجوه والمضاربة ؛ فلأن كل واحدة تصح منفردة وضم الصحيح بعضه إلى بعض لا يوجب الفساد كما لو ضم ماء طهور إلى مثله.

فصل [في شركة المفاوضة]

قال المصنف رحمه الله: (الخامس: شركة المفاوضة . وهي : أن يَدخلا في الشركة الأكساب النادرة ؛ كوجدان لقطة ، أو ركاز ، وما يحصل لهما من ميراث ، وما يلزم أحدهما من ضمان غصب أو أرش جناية ونحو ذلك . فهذه شركة فاسدة).

أما كون الخامس من أضرب الشركة شركة المفاوضة ؛ فلأنه يلي الرابع.

وأما قول المصنف رحمه الله: وهي أن يدخلا في الشركة الأكساب النادرة فبيان لمعنى شركة المفاوضة.

وأما قوله: كوجدان لقطة ... إلى ونحو ذلك فتعداد لصور من صور الأكساب النادرة وبيان لها.

وأما كونها فاسدة ؛ فلأن ذلك عقد يكثر فيه الغرر فلم يصح كبيع الثمرة قبل بدو صلاحها . ودليل الغرر : أن[1] ما يلزم أحدهما من غرم يلزم الآخر وقد يفسد العقد بدون هذا.

ولأنه عقد لم يرد الشرع بمثله فلم يصح . أو عقد لا يصح بين المسلم والكافر فلم يصح بين المسلمين كسائر العقود الفاسدة.

فإن قيل: فقد قال النبي ﷺ: «إذا تفاوضتم فأحسنوا المفاوضة».

ولأنها نوع شركة مختص باسم فكانت صحيحة كشركة العنان.

قيل: أما الخبر فلا يعرف ، ولا رواه أصحاب السنن ثم ليس فيه ما يدل على إرادة هذه الشركة . فتحمل على المفاوضة في الحديث ، ولهذا روي فيه[2]: «ولا تجادلوا فإن المجادلة من الشيطان».

---

(١) ساقط من هـ.

(٢) مثل السابق.

وأما القياس فلا يصح واختصاص الشيء باسم لا يقتضي صحته . دليله بيع المنابذة والملامسة ونحوهما.

باب المساقاة

المساقاة : أن يُسَلِّم الرجل شجره إلى آخر ليقوم بسقيه ، وعمل سائر ما يحتاج إليه ، بجزء معلوم له من ثمره . وسميت مساقاة لأنها مفاعلة من السقي ؛ لأن أهل الحجاز أكثر حاجتهم إلى السقي لأنهم كانوا يسقون من الآبار.

والأصل فيها «أن النبي ﷺ عاملَ أهلَ خيبرَ بشطرِ[1] ما يخرجُ منها من ثَمَرٍ أو زَرْعٍ»[2] حديث صحيح متفق عليه.

قال المصنف رحمه الله: (تجوز المساقاة في النخل، وكل شجر له ثمر مأكول ببعض ثمرته).

أما كون المساقاة تجوز في النخل ؛ فلما تقدم من معاملة النبي ﷺ أهل خيبر بشطر ما يخرج منها.

ولأن الخلفاء الراشدين رضي الله عنهم فعلوا ذلك.

ولأن الحاجة تدعو إلى المساقاة ؛ لأن أرباب الثمار لا يتمكنون من عملها ، والأكثر يحتاجون إلى الانتفاع بما يحصل لهم من غلتها فشرعت لذلك.

وأما كونها تجوز في كل شجر له ثمر مأكول ؛ فلأن ذلك مساو للنخل معنى فوجب أن يساويه حكماً.

وأما قول المصنف رحمه الله: "ببعض ثمرته" ففيه تنبيه على أنه لا بد وأن يكون نصيب العامل من المساقى عليه.

---

(١) في هـ: بشرط.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٢٠٤) ٢: ٨٢٠ كتاب المزارعة، باب إذا لم يشترط السنين في المزارعة.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٥١) ٣: ١١٨٦ كتاب المساقاة، باب المساقاة والمعاملة بجزء من الثمر والزرع.

ولأنه لا بد وأن يكون مشاعاً . وقد تقدم ذكر ذلك في الشركة[1].

فإن قيل: الحديث المتقدم ذكره منسوخ بما روى رافع بن خديج «أن النبي ﷺ نهى عن المخابرة »[2] . وذلك معاملة أهل خيبر.

قيل: هذا حديث مضطرب جداً . وقد فسره رافع في بعض الروايات بما لا يختلف في فساده . فروى البخاري بإسناده عن رافع قال: « كنا نُكري الأرض بالناحيةِ . فربما يصابُ ذلكَ وتَسْلَمُ الأرض ، وربما تصابُ الأرضُ ويسلَمُ ذلك فَنُهينا »[3].

وروى البخاري ومسلم بإسنادهما عن طاووس قال: «إنّ أعلمَكمْ -يعني ابن عباس- أخبرني أن النبي ﷺ لَمْ ينهَ عنهُ . ولكن قال: لأن يمنحَ أحدكمْ أخاهُ خيرٌ لهُ منْ أنْ يأخذَ عليهِ خراجاً معلوماً »[4] .

وقد اشتهر عن النبي ﷺ أنه لم يرجع عن معاملة أهل خيبر حتى مات ثم عمل به أبو بكر حتى مات . ثم عمر حتى أجلى اليهود فكيف يكون منسوخاً ؟.

قال: (وتصح بلفظ المساقاة والمعاملة وما في معناهما . وتصح بلفظ الإجارة في أحد الوجهين . وقد نص أحمد رحمه الله في رواية جماعة فيمن قال: أجرتك هذه الأرض بثلث ما يخرج منها أنه يصح . وهذه مزارعة بلفظ الإجارة . ذكره أبو الخطاب . وقال أكثر أصحابنا: هي إجارة . والأول أقيس وأصح).

أما[5] كون المساقاة تصح بلفظ المساقاة ؛ فلأن ذلك فيها صريح فصحت كصحة سائر العقود بسائر صرائحها.

وأما كونها تصح بلفظ المعاملة ؛ فلما تقدم من قول الصحابي: «أن النبي ﷺ عامل أهل خيبر »[1].

---

(١) ص: ٦٩٨ .

(٢) أخرجه النسائي في سننه (٣٩١٧) ٧: ٤ كتاب الأيمان والنذور، ذكر الأحاديث المختلفة في النهي عن كراء الأرض بالثلث والربع.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٢٠٢) ٢: ٨٢٠ كتاب المزارعة، باب قطع الشجر و النخل.

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٢٠٥) ٢: ٨٢١ كتاب المزارعة، باب إذا لم يشترط السنين في المزارعة.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٥٠) ٣: ١١٨٤ كتاب البيوع، باب الأرض تمنح.

(٥) في هـ: وأما.

وأما كونها تصح بما في معنى المساقاة والمعاملة ؛ فلأن القصد المعنى فإذا أتى بما يدل عليه صح ؛ كالبيع.

وأما كونها تصح بلفظ الإجارة مثل أن يقول: استأجرتك لتعمل لي هذا الحائط حتى تكمل ثمرته بنصف ثمرته في وجه ؛ فلأنه يحصل معنى قوله: ساقيتك على ذلك بنصف ثمرته.

وأما كونها لا تصح في وجه ؛ فلأنها عقد خاص فلم تصح بلفظ الإجارة كما لا تصح الإجارة بلفظ البيع.

وأما الصحة فيما إذا قال: أجرتك هذه الأرض بثلث ما يخرج منها على منصوص الإمام أحمد فقد اختلف الأصحاب في معناها فقال أبو الخطاب: هي مزارعة بلفظ الإجارة ويشترط فيها شروط المزارعة وحكمها حكمها لأن النبي ﷺ قال: «من كانت له أرض فليزرعها ولا يكريها بثلث ولا بربع ولا بطعام مسمى »[2] رواه أبو داود.

ولأن هذا مجهول فلم يجز جعله عوضاً في الإجارة كثلث نماء أرض أخرى.

وقال أكثر الأصحاب: هي إجارة يشترط فيها شروط الإجارة لأنه صرح بالإجارة . والأصل في الإطلاق الحقيقة .

والأول أقيس عند المصنف وأصح لأن الحديث المتقدم يدل عليه . واللفظ قد يعدل عن حقيقته إلى مجازه إذا دل عليه الدليل ، وقد دل.

قال: (وهل تصح على ثمرة موجودة ؟ على روايتين).

أما كون المساقاة لا تصح على ما ذكر على رواية فـ «لأن النبي ﷺ عامل أهل خيبر على شطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع »[3] . وذلك مفقود هاهنا.

⇨

(١) سبق ذكره ص: ٧٣١.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٣٣٩٥) ٣: ٢٥٩ كتاب البيوع، باب في التشديد في ذلك.

وأخرجه النسائي في سننه (٣٨٩٧) ٧: ٤ كتاب الأيمان والنذور، ذكر الأحاديث المختلفة في النهي عن كراء الأرض بالثلث والربع.

(٣) سبق تخريجه ص: ٧٣١.

ولأن الثمرة إذا ظهرت فقد حصل المقصود فصار بمثابة مضاربته على المال بعد ظهور الربح.

وأما كونها تصح على روايةٍ ؛ فلأنها إذا صحت على الثمرة المعدومة مع كثرة الغرر ؛ فلأن تصح مع وجودها وقلة الغرر فيها بطريق الأولى.

والحديث دل بنصه على صحة المساقاة قبل الظهور وبتنبيهه على صحتها بعد الظهور وفارق المضاربة من حيث إنها بعد ظهور الربح لا تحتاج إلى عمل . واشترط المصنف رحمه الله لهذه الرواية في المغني والكافي أن يبقى من العمل ما تستزاد به الثمرة كالتأبير وإصلاح الثمرة والسقي . ثم قال في المغني: فإن لم يبق من العمل شيء تزيد به الثمرة كالجذاذ لم يجز . وهذا صحيح يجب حمل إطلاقه هنا عليه.

قال: (وإن ساقاه على شجر يغرسه ويعمل عليه حتى يُثمر بجزء من الثمرة صح).

أما كون المساقاة على ما ذكر تصح ؛ فلأن العمل وعوضه معلومان فصحت كالمساقاة على شجر موجود.

وأما قول المصنف: حتى يثمر ففيه تنبيه على أنه لو ساقاه على شجر يغرسه ويعمل عليه مدة لا يثمر في مثلها لم يصح لأن من شرط المساقاة أن يكون للعامل نصيب من الثمرة و لم يوجد.

قال: (والمساقاة عقد جائز في ظاهر كلامه لا تفتقر إلى ذكر مدة . ولكل واحد منهما فسخها فمتى انفسخت بعد ظهور الثمرة فهي بينهما ، وإن فسخ العامل قبل ظهورها فلا شيء له ، وإن فسخ رب المال فعليه للعامل أجرة عمله ، وقيل هي عقد لازم تفتقر إلى ضرب مدة تكمل الثمرة فيها).

أما كون المساقاة عقداً جائزاً في ظاهر كلام الإمام أحمد فــ «لأن اليهود سألوا رسول الله ﷺ أن يقرهم بخيبر على أن يعملوها ويكون لرسول الله ﷺ شطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع فقال رسول الله ﷺ: نقركم على ذلك ما شئنا »[1].

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٢١٣) ٢: ٨٢٤ كتاب المزارعة، باب إذا قال رب الأرض: أقرك ما أقرك الله...

ولأنها لو كانت لازمة لم تجز بغير تقدير مدة.

ولأنه عقد على جزء من نماء المال فكان جائزاً كالمضاربة.

وأما كونها عقداً لازماً على قول ؛ فلأنها عقد معاوضة فكان لازماً كالإجارة.

ولأنه لو كان جائزاً لجاز لرب المال الفسخ إذا أدركت الثمرة فيسقط حق العامل وذلك إضرار به.

وأما كونها لا تفتقر إلى ذكر مدة على القول بأنها عقد جائز ؛ فلأن النبي ﷺ لم يذكر لأهل خيبر مدة حين عاملهم.

ولأنها عقد جائز فلم تفتقر إلى ذكر المدة ؛ كسائر العقود الجائزة.

وأما كون كل واحد من المتعاقدين له فسخها على ذلك ؛ فلأن ذلك شأن كل عقد جائز.

وأما كون الثمرة بينهما إذا حصل الفسخ بعد ظهورها ؛ فلأنها ظهرت على ملكهما.

وأما كون العامل إذا فسخ قبل ظهورها لا شيء له ؛ فلأنه رضي بإسقاط حقه . أشبه المضارب إذا فسخ قبل ظهور الربح.

وأما كون رب المال عليه للعامل أجرة عمله إذا فسخ ؛ فلأنه منعه من إتمام عمله الذي استحق به العوض . أشبه الجاعل إذا فسخ الجعالة.

وأما كونه يفتقر إلى ضرب مدة تكمل الثمرة فيها على القول بأنها[1] عقد لازم ؛ فلأنها مشبهة بالإجارة فلم يكن بد من ضرب مدة يكمل فيها المقصود ؛ كالإجارة.

قال: (فإن جعلا مدة لا تكمل فيها لم تصح . وهل للعامل أجرة ؟ على وجهين).

أما كون المساقاة فيما ذكر لا تصح[2] ؛ فلأن المقصود الاشتراك في الثمرة وذلك لا يوجد في تلك المدة.

⇦

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٥١) ٣: ١١٨٧ كتاب المساقاة، باب المساقاة والمعاملة بجزء من الثمر والزرع.

(١) ساقط من هـ.

(٢) في هـ: فيما ذكر لا تصح فيما ذكر.

وأما كون العامل لا أجرة له[1] على وجهٍ ؛ فلأنه رضي بالعمل بغير عوض فهو كالمتطوع.

وأما كونه له الأجرة على وجهٍ ؛ فلأن المساقاة تقتضي العوض فلا تسقط بالرضى بتركه كالوطء في النكاح.

قال: (وإن جعلا مدة قد تكمل فيها وقد لا تكمل فهل تصح ؟ على وجهين . فإن قلنا لا تصح فهل للعامل أجرة ؟ على وجهين).

أما كون المساقاة فيما ذكر تصح على وجهٍ ؛ فلأن الشجر يجوز أن يحمل وأن لا يحمل . أشبه ما يحمل غالباً.

وأما كونها لا تصح على وجهٍ ؛ فلأنه عقد على معدوم ليس الغالب وجوده فلم يصح كالسَّلَم.

وأما كون العامل له أجرة مثله إذا قيل بعدم الصحة ففيه وجهان وجههما[2] ما تقدم.

وقال المصنف رحمه الله في المغني بعد ذكر هذه المسألة: إن قلنا هو فاسد استحق أجرة المثل سواء حمل أو لم يحمل ؛ لأنه لم يرض بغير عوض و لم يسلم له العوض فكان له العوض وجهاً واحداً . بخلاف ما لو جعل الأجل إلى مدة لا يحمل في مثلها غالباً وهذا متجه ؛ لأن تعليل أحد الوجهين فيما إذا كانت الشجرة لا تحمل في مدة المساقاة أنه رضي بغير عوض وهذا لا يتجه هنا.

قال: (وإن مات العامل تمم الوارث ، فإن أبى استؤجر على العمل من تركته ، فإن تعذر فلرب المال الفسخ).

أما كون وارث العامل يتمم عمل موروثه ؛ فلأنه يقوم مقامه في ما له فكذا فيما عليه.

---

(١) ساقط من هـ.

(٢) في هـ: ووجههما.

وأما كونه يستأجر على العمل من تركته إذا أبى الوارث ذلك ؛ فلأن العمل كان عليه فوجب أن يتعلق بتركته ؛ كسائر ما عليه.

وأما كون رب المال له الفسخ إذا تعذر العمل من التركة ؛ فلأن تعذر المعوض في المعاملات يُثبت سَلْطَنَةَ الفسخ . دليله البيع.

قال: (فإن فسخ بعد ظهور الثمرة فهي بينهما . وإن فسخ قبله فهل للعامل أجرة ؟ على وجهين . وكذلك إن هرب العامل فلم يوجد له ما ينفق عليها).

أما كون الثمرة بين العامل ورب المال إذا فسخ بعد ظهور الثمرة ؛ فلأن الثمرة حدثت على ملكهما.

وأما كون العامل له أجرة إذا فسخ رب المال قبل ظهور الثمرة على وجهٍ ؛ فلأن مطلق العقد يقتضي العوض المسمى . فإذا تعذر وجب الرجوع بما يقوم مقامه.

وأما كونه لا شيء له على وجهٍ ؛ فلأن الفسخ بسبب من جهته . أشبه ما لو فسخ هو.

وأما كون حكم العامل إذا هرب فلم يوجد له ما ينفق على الثمرة حكم ما إذا مات ؛ فلأنهما اشتركا في تعذر العمل وتضرر رب المال بتعذر الفسخ فوجب اشتراكهما فيما ذكر ؛ لأن الاشتراك معنى يوجب الاشتراك حكماً.

قال: (وإن عمل فيها رب المال بإذن حاكم أو إشهاد رجع به ، وإلا فلا).

أما كون رب المال يرجع بما عمله بإذن حاكم ؛ فلأن الحاكم نائب عن الغائب.

وأما كونه يرجع بما عمله بإشهادٍ فينظر فيه فإن كان ذلك عند تعذر استئذان الحاكم رجع به ؛ لأنه معذور لعدم القدرة على الاستئذان ، وليس بمتبرع بدليل الإشهاد ، وإن كان ذلك عند القدرة على الاستئذان ففيه وجهان مبنيان على من قضى دين الغير بغير إذنه.

وأما كونه لا يرجع إذا لم يوجد إذن ولا إشهاد ؛ فلأنه متبرع ظاهراً.

فصل [فيما يلزم العامل ورب المال]

قال المصنف رحمه الله: (ويلزم العامل ما فيه صلاح الثمرة ، وزيادتها من السقي ، والحرث ، والزبار ، والتلقيح ، والتشميس ، وإصلاح طرق الماء ، وموضع التشميس ، ونحوه . وعلى رب المال ما فيه حفظ الأصل : من سد الحيطان ، وإجراء الأنهار ، وحفر البئر ، والدولاب ، وما يديره . وقيل : ما يتكرر كل عام فهو على العامل ، وما لا فلا).

أما كون العامل يلزمه جميع ما ذكره المصنف مفصلاً على المذهب ؛ فلأن العامل إنما يراد لأجل الثمرة فاقتضى أن يكون عليه ما يؤدي إلى صلاحها وزيادتها ، وجميع ما ذكر يؤدي إلى ذلك.

وأما كون ما يتكرر كل عام عليه في قول ؛ فلأنه يتعلق بعمله فكان عليه كالحرث.

وظاهر ما ذكر أن الذي يلقح به على العامل لأنه مما يتكرر.

وقال المصنف في المغني: وقيل ما يتكرر كل عام على العامل إلا ما يلقح به فإنه على المالك وإن تكرر لأنه ليس بعمل . فيجب حمل كلامه هنا عليه لئلا يتناقض ، ولما ذكر من الدليل.

وأما كون رب المال عليه ما فيه حفظ الأصل لا غير على المذهب : أما كونه عليه ذلك ؛ فلأن الأصل له فكان ما يراد لحفظه عليه.

وأما كونه ليس عليه غير ذلك ؛ فلعدم العلة المذكورة.

وأما كونه عليه ما لا يتكرر كل عام في قولٍ ؛ فلأن ذلك لا تعلق للعمل به . أشبه ما فيه حفظ الأصل.

وأما قول المصنف: من سد الحيطان ... إلى آخره فتعداد لصور فيها حفظ الأصل ، وبيان لها . وكل ذلك على رب المال لما تقدم ذكره.

فعلى هذا ما يدير الدولاب من بقر ونحوه على رب المال لأنه مما ذكر ، وبذلك صرح أصحابنا.

وقال المصنف في المغني: ذلك على العامل لأنه يراد للعمل كبقر الحرث.

ولأن سقي الماء عليه إذا لم يحتج إلى دابة فكذا هاهنا . وهذا اختياره لا نقل عن غيره.

قال: (وحكم العامل حكم المضارب فيما يقبل قوله فيه وما يرد . وإن ثبتت خيانته ضم إليه من يشارفه . فإن لم يمكن حفظه استؤجر من ماله من يعمل العمل).

أما كون حكم العامل حكم المضارب فيما يقبل قوله فيه وما يرد ؛ فلأن العامل في المساقاة أمين رب المال فوجب أن يكون حكمه حكم المضارب فيما ذكر لاشتراكهما في كونهما أميني رب المال.

وأما كونه يضم أمين إلى العامل يشارفه إذا ثبتت خيانته ؛ فلأنه أمكن دفع الضرر عن رب المال بذلك مع إمضاء العامل على عمله.

وأما كونه يستأجر من يعمل العمل من مال العامل إذا لم يمكن حفظه ؛ فلأنه تعذر استيفاء العمل منه فاستوفي بغيره كما لو هرب.

قال: (وإذا شرط إن سقى سيحاً فله الربع . وإن سقى بكلفة فله النصف . وإن زرعها شعيراً فله الربع . وإن زرعها حنطة فله النصف لم يصح في أحد الوجهين .

وإن قال: ما زرعت من شعير فلي ربعه ، وما زرعت من حنطة فلي نصفه . أو ساقيتك هذا البستان بالنصف على أن أساقيك الآخر بالربع لم يصح وجهاً واحداً).

أما كون المساقاة لا تصح فيما إذا شرط إن سقى سيحاً فله الربع ، وإن سقى بكلفة فله النصف . وإن زرعها شعيراً فله الربع ، وإن زرعها حنطة فله النصف في وجهٍ ؛ فلأن العمل مجهول.

ولأنه في معنى بيعتين في بيعه وهو قوله: بعتك بعشرة نقداً أو بعشرين نسأ.

وأما كونها تصح في وجه ؛ فلأنه في معنى إن خطته رومياً فلك كذا ، وإن خطته فارسياً فلك كذا ، وقد صح هناك في رواية فليكن هنا مثله[1].

وأما كونها لا تصح وجهاً واحداً فيما إذا قال: ما زرعت من شعير فلي ربعه ، وما زرعت من حنطة فلي نصفه ؛ فلأن ما يزرعه من كل واحد من الصنفين مجهول القدر فجرى مجرى ما لو شرط في المساقاة ثلث هذا النوع ونصف النوع الآخر وهو جاهل بما فيه منهما.

وأما كونها لا تصح وجهاً واحداً فيما إذا قال: ساقيتك هذا البستان بالنصف على أن أساقيك الآخر بالربع ؛ فلأنه شرط عقداً في عقد فلم يصح ؛ كما لو قال: بعتك هذا بكذا على أن أبيعك هذا بكذا.

(١) ر ص: ٧٥١.

فصل في المزارعة

قال المصنف رحمه الله: (وتجوز المزارعة بجزء معلوم يُجعل للعامل من الزرع . فإن كان في الأرض شجر فزارعه الأرض وساقاه على الشجر صح . ولا يشترط كون البذر من رب الأرض ، وظاهر المذهب اشتراطه).

أما كون المزارعة تجوز ؛ فلما تقدم من «أن النبي ﷺ عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع »[1] متفق عليه.

قال البخاري: قال أبو جعفر: ما بالمدينةِ أهلُ بيتٍ إلا ويزرعونَ على الثلثِ والربع[2].

وعنه قال: « عامل رسول الله ﷺ أهل خيبر بالشطر ثم أبو بكر وعمر وعثمان وعلي ثم أهلوهم إلى اليوم ».

وأما كون المزارعة والمساقاة تصح فيما إذا كان في الأرض شجر فزارعه الأرض ، وساقاه على الشجر ؛ فلأن كل واحد منهما عقد لو انفرد لصح فإذا اجتمعا وجب أن يصحا كحالة الانفراد.

وأما ما يشترط لصحة المزارعة فأمور:

منها: كون نصيب العامل مشاعاً معلوماً . وقد تقدم ذكر دليله في الشركة ومساواة حكم المزارعة لحكم المساقاة فيما ذكر[3].

وثانيها: كون البذر من رب الأرض في ظاهر المذهب ؛ لأن المزارعة عقد يشترك العامل ورب الأرض في نمائه . فوجب أن يكون رأس المال كله من عند أحدهما

---

(١) سبق تخريجه ص: ٧٣١.

(٢) ذكره البخاري في صحيحه معلقاً ٢: ٨٢٠ كتاب المزارعة، باب المزارعة بالشطر ونحوه.

(٣) ر ص: ٦٩٨ .

كالمساقاة والمضاربة. وروي عن الإمام أحمد أنه لا يشترط ذلك . وهو اختيار المصنف لأن ابن عمر قال: «دفع رسول الله ﷺ إلى يهود خيبر نخل خيبر وأرضها على أن يعملوها من أموالهم ولرسول الله ﷺ شطر ثمرها »[1].

وفي لفظ: «على أن يعملوها ويزرعوها ولهم شطر ما يخرج منها »[2] أخرجهما البخاري.

فجعل عملها[3] من أموالهم وزرعها عليهم ، ولم يذكر شيئاً آخر . وظاهره كون البذر من أهل خيبر.

وروى البخاري «أن عمر رضي الله عنه عاملَ الناسَ على أنه إن جاءَ بالبذرِ من عندهِ فلهُ الشطرُ وإن جاؤا بالبذرِ فلهمْ كذَا »[4] .

وهذه الرواية هي أصح دليلاً لأن دليل المذهب قياس في مقابلة النص . ثم هو منتقض بما إذا اشترك مالان وبدن صاحب أحدهما.

قال: (وإن شرط أن يأخذ رب الأرض مثل بذره ويقتسما[5] الباقي، أو شرط لأحدهما قفزاناً معلومة، أو دراهم معلومة[6] ، أو زرع ناحية معينة من الأرض فسدت المزارعة والمساقاة. ومتى فسدت فالزرع لصاحب البذر وعليه أجرة صاحبه. وحكم المزارعة حكم المساقاة فيما ذكرنا).

أما كون المزارعة والمساقاة تفسد بكل واحد من الشروط المذكورة ؛ فلأن كل واحد منها غير جائز . فوجب أن يفسد عقده ؛ كما لو باعه شيئاً وشرط عليه أن لا يبيعه . بيان عدم جواز كل واحد مما ذكر.

أما شرط أخذ رب الأرض مثل بذره ؛ فلأن ذلك بمنزلة ما لو شرطه له.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٥٨٠) ٢: ٩٧٣ كتاب الشروط ، باب إذا اشترط في المزارعة: إذا شئت أخرجتك.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٢٠٦) ٢: ٨٢١ كتاب المزارعة، باب المزارعة مع اليهود.

(٣) في هـ: عملهما.

(٤) ذكره البخاري في صحيحه معلقاً ٢: ٨٢٠ كتاب المزارعة، باب المزارعة بالشطر ونحوه.

(٥) في هـ: ويقتسمان.

(٦) ساقط من هـ.

وأما شرط قفزان معلومة لأحدهما ؛ فلأنه ربما لا يخرج من الأرض مثل ذلك فيؤدي إلى ضرر المعطي للزائد.

وأما شرط دراهم معلومة لأحدهما ؛ فلأنه ربما لا يخرج من الأرض ما يساوي ذلك فيؤدي إلى الضرر المذكور قبل.

وأما شرط زرع ناحية معينة ؛ فلأن ذلك منهي عنه في الحديث.

وأما كون الزرع لصاحب البذر مع فساد المزارعة ؛ فلأنه نماء بذره.

وأما كون أجرة صاحبه عليه ؛ فلأنه دخل على أنه يأخذ مما سمي له . فإذا فات رجع إلى بدله.

ولأنه لم يرض بالعمل مجاناً.

وأما كون حكم المزارعة حكم المساقاة فيما تقدم ذكره من الجواز واللزوم وما يلزم العامل ورب الأرض وغير ذلك ؛ فلأنهما سواء معنى فكذا يجب أن يكون حكماً.

قال: (والحصاد على العامل . نص عليه . وكذلك الجذاذ. وعنه : أن الجذاذ عليهما).

أما كون الحصاد على العامل على منصوص الإمام أحمد ؛ فـ « لأن النبي ﷺ دفع خيبر إلى يهود خيبر على أن يعملوها من أموالهم »[1] . وهذا من العمل الذي لا يستغني عنه الزرع.

وأما كون الجذاذ كذلك على المذهب فلما ذكر في الحصاد.

وأما كونه عليه وعلى رب الشجر على روايةٍ ؛ فلأنه يوجد بعد تكامل النماء .

والأول أولى لما ذكر.

ودليل الثانية: ينتقض بالتشميس.

---

(١) سبق ذكره ص: ٧٤٢.

قال: (وإذا قال: أنا أزرع الأرض ببذري وعواملي، وتسقيها بمائك، والزرع بيننا فهل يصح؟ على روايتين. وإن زارع شريكه في نصيبه صح).

أما كون المساقاة فيما إذا قال: أنا أزرع الأرض ببذري وعواملي وتسقيها بمائك لا تصح على روايةٍ وهي اختيار القاضي؛ فلأن العوض الذي في مقابلته الماء مجهول.

وأما كونها تصح على روايةٍ وهي اختيار أبي بكر؛ فلأنه لما جاز أن يؤجر الأرض ببعض الخارج منها وهو مجهول جاز أن يجعل عوض الماء كذلك.

قال المصنف في المغني: الأولى أصح وأقيس لأنها لا تتحقق مزارعة، ولا يجوز أن يستأجر الماء ولا أن يبتاع بعوض معلوم فكيف إذا كان مجهولاً. وأجاب عن إجارة الأرض ببعض الخارج بالمنع وبتقدير التسليم يطلب الجامع.

وأما كون مزارعة الشريك لشريكه في نصيبه تصح؛ فلأن ذلك بمنزلة شراء الشريك نصيب شريكه وذلك جائز فكذا هذا.

باب الإجارة

الإجارة جائزة بالكتاب والسنة والإجماع : أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن﴾ [الطلاق:٦] ، وقوله تعالى: ﴿قالت إحداهما يا أبتِ استأجره إن خير من استأجرت القوي الأمين﴾ [القصص:٢٦] ، وقوله: ﴿إني أريد أن أُنكِحَكَ إحدى ابنتي هاتين على أن تَأْجُرَنِي ثَمَانِيَ حِجَجٍ﴾ [القصص:٢٧].

وأما السنة فثبت «أن النبي ﷺ وأبا بكر استأجرا رجلاً من بني الدِّيلِ هَادِياً خِرِّيتاً »[1].

وعن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «يقولُ اللهُ تعالى: ثلاثةٌ أنا خصمهمْ يومَ القيامة: رجلٌ أعطى بي ثمَّ غَدرْ ، ورجلٌ باعَ حُراً وأكلَ ثمنهُ ، ورجلٌ استأجرَ أجيراً فاستوفَى منهُ و لم يوفِّهِ أجرَهُ »[2] . والأخبار في هذا كثير.

وأما الإجماع فأجمع أهل العلم على جواز الإجارة في الجملة.

قال المصنف رحمه الله: (وهي : عقد على المنافع . تنعقد بلفظ الإجارة والكراء وما في معناهما . وفي لفظ البيع وجهان).

أما قوله رحمه الله: وهي عقد على المنافع فبيان لمعنى الإجارة ليحصل به معرفة حقيقتها وتمييزها عن الأعيان.

وأما كونها تنعقد بلفظ الإجارة والكراء ؛ فلأنهما موضوعان لذلك.

وأما كونها تنعقد بلفظ البيع في وجه ؛ فلأنها حقيقة فانعقدت بلفظه كسائر أنواعه.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢١٤٥) ٢: ٧٩٠ كتاب الإجارة، باب إذا استأجر أجيراً ليعمل له بعد ثلاثة أيام...

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢١١٤) ٢: ٧٧٦ كتاب البيوع، باب إثم من باع حراً.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٤٤٢) ٢: ٨١٦ كتاب الرهون، باب أجر الأجراء.
وأخرجه أحمد في مسنده (٨٦٧٧) ٢: ٣٥٨.

وأما كونها لا تنعقد به في وجه ؛ فلأن فيها معنى خاصاً فافتقرت إلى لفظ يدل على ذلك المعنى.

ولأن الإجارة تضاف إلى العين التي يضاف البيع إليها إضافة واحدة فاحتيج لفظ يفرق بينهما كالعقود المتباينة.

ولأنها تخالف البيع في الاسم والحكم . أشبهت النكاح.

[فصل في شروط الإجارة]

قال: (ولا تصح إلا بشروط ثلاثة:

أحدها: معرفة المنفعة : إما بالعرف كسكنى الدار شهراً أو خدمة العبد سنة، وإما بالوصف كحمل زبرة حديد وزنها كذا إلى موضع معين وبناء حائط يذكر طوله وعرضه وسمكه وآلته وإجارة أرض معينة لزرع كذا أو غرس أو بناء معلوم).

أما كون الإجارة لا تصح إلا بشروط ثلاثة ؛ فلما يأتي في مواضعها.

وأما كون أحد شروط صحة الإجارة: معرفة المنفعة ؛ فلأن الإجارة بيع ، والبيع لا يصح إلا بمعرفة المبيع.

وأما طريق المعرفة فأمران:

أحدهما: العرف.

وثانيهما: الوصف ؛ لأن كل واحد منهما تتميز به المنفعة . وذلك هو المطلوب.

وأما قول المصنف رحمه الله: "كسكنى الدار شهراً وخدمة العبد سنة" ؛ فتمثيل لحصول معرفة المنفعة.

وقوله: "كحمل زبرة حديد وزنها كذا إلى موضع معين وبناء حائط ... إلى قوله: وآلته" ؛ فتمثيل لحصول المنفعة بالوصف . وإنما اشترط الوزن والمسافة في الزبرة ، وذكر الطول والعرض والسمك والآلة في بناء الحائط لأن المعرفة لا تحصل إلا بذلك.

ولأن الغرض يختلف باختلاف ذلك فلم يكن بُدٌّ من ذكره.

وأما قوله: "وإجارة أرض معينة لزرع كذا أو غرس أو بناء معلوم" فبيان لأن إجارة الأرض تارة تكون لزرع وتارة لغرس وتارة لبناء . وفيه تنبيه على اشتراط ما ذكر لأن الغرض يختلف باختلافه فاشترط ذكره ؛ كالصفات التي يختلف الثمن بسببها في السلم.

قال: (وإذا استأجر للركوب: ذكر المركوب فرساً أو بعيراً ونحوه[1]. فإن كان للحمل لم يحتج إلى ذكره).

أما كون المستأجر يذكر المركوب إذا كانت الإجارة للركوب؛ فلأن غرض الراكب يختلف فلم يكن بد من ذكره نفياً للتراع.

وأما كونه لا يحتاج إلى ذلك إذا كانت الإجارة للحمل؛ فلأن الغرض في ذلك لا يختلف.

(١) في هـ: أو نحوه.

فصل [الشرط الثاني]

قال المصنف رحمه الله: (والثاني: معرفة الأجرة بما يحصل به معرفة الثمن . إلا أنه يصح أن يستأجر الأجير بطعامه وكسوته ، وكذلك الظِّئْر . ويستحب أن تعطى عند الفطام عبداً أو وليدة إذا كان المسترضع موسراً).

أما كون الثاني من شروط صحة الإجارة[1]: معرفة الأجرة بما يحصل به معرفة الثمن غير المستثناة ؛ فلأن الأجرة أحد العوضين فاشترط معرفتها بما ذكر ؛ كالعوض في البيع.

وأما كون إجارة الأجير بطعامه وكسوته تصح ؛ فلأن النبي ﷺ قال: «رحمَ اللهُ أخي موسى آجرَ نفسهُ ثمانيَ سنينَ على طعامَ بَطنْه[2] وعِفّةِ فَرْجِه »[3] رواه ابن ماجة.

ولأن العادة جارية به من غير نكير . أشبه الإجماع.

وأما كون إجارة الظِّئْر وهي المرضعة كذلك ؛ فلأنها في معنى الأجير بل أولى لأن الحاجة تدعو إلى الرضاع أكثر من غيره.

وأما كونها يستحب أن تعطى عند الفطام عبداً أو وليدة إذا كان المسترضع موسراً ؛ فلما روي «أن رجلاً قال لرسول الله ﷺ: ما يذهبُ عَني مَذمّةَ[4] الرضَاعِ ؟ قال: الغرةُ : العبدُ أوِ الأمَةَ »[5] رواه أبو داود.

---

(١) في هـ: الإجارة صحة.

(٢) في هـ: نفسه.

(٣) أخرجه ابن ماجة في سننه (٢٤٤٤) ٢: ٨١٧ كتاب الرهون، باب إجارة الأجير على طعام بطنه.
قال في الزوائد: إسناده ضعيف لأن فيه بقية ، وهو مدلس وليس لبقية هذا عند ابن ماجة سوى هذا الحديث . وليس له شيء في بقية الكتب الخمسة.

(٤) في هـ: مدة.

(٥) أخرجه أبو داود في سننه (٢٠٦٤) ٢: ٢٢٤ كتاب النكاح، باب في الرضخ عند الفصال.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١١٥٣) ٣: ٤٥٩ كتاب الرضاع، باب ما جاء ما يذهب مذمة الرضاع.
وأخرجه النسائي في سننه (٣٣٢٩) ٦: ١٠٨ كتاب النكاح، حق الرضاع وحرمته.

ولأن في ذلك إبقاء لحياته فاستحب جعل الجزاء رقبة للتناسب.

قال: (وإن دفع ثوبه إلى قصار أو خياط ليعملاه ولهما عادة بأجرة صح ولهما ذلك وإن لم يعقدا عقد إجارة. وكذلك دخول الحمام والركوب في سفينة الملاح).

أما كونه يصح أن يدفع الثوب إلى من ذكر كما ذكر إذا كان للمدفوع إليه عادة بأخذ الأجرة وكونه له الأجرة المعروفة ؛ فلأن العرف يجري مجرى الشرط . دليله ما لو باع شيئاً وأطلق الثمن وللبلد نقد واحد معروف.

ولأن[1] شاهد الحال يقتضي أخذ الأجرة . أشبه ما لو عرّض له فقال: خذه وأنا أعلم أنك إنما تعمل بالأجرة.

وأما كون دخول الحمام والركوب في سفينة الملاح كذلك ؛ فلاشتراك الجميع في العرف الجاري مجرى الشرط .

ومفهوم كلام المصنف رحمه الله أن أحد هؤلاء متى لم تكن له عادة بأخذ الأجرة لا يستحق شيئاً[2] إلا أن يَشْرِط له . وصرح المصنف بذلك في الخياط والقصار فقال في المغني بعد ذكر المسألة: فإن لم يكونا منتصبين لذلك لم يستحقا الأجرة إلا بالعقد أو شرط العوض أو تعريض به لأنه لم يجر بذلك عرف يقوم مقام العقد.

قال: (وتجوز إجارة دار بسكنى دار وخدمة عبد وتزويج امرأة)[3].

أما كون إجارة دار تجوز بسكنى دار وخدمة عبد ؛ فلأن كل واحد منهما يجوز في مقابلته بالعوض فجاز أن يكون[4] عوضاً في الإجارة كالدراهم والدنانير.

ولأن ذلك يكون عوضاً في البيع ، والإجارة مثله لأنها بيع المنافع.

وأما كونها تجوز بتزويج امرأة ؛ فلأن ما ذكر قبل يجري فيه فوجب أن يلحق به.

---

(١) في هـ: فلأن.

(٢) زيادة من ج.

(٣) في هـ: وتزويج أمة.

(٤) في هـ: يكونا.

قال: (وتجوز إجارة الحلي بأجرة من جنسه. وقيل: لا تصح).

أما كون إجارة الحلي تجوز بأجرة من جنسه على المذهب والمراد به صحتها ؛ فلأن الحلي عين ينتفع بها منفعة مباحة مع بقائها . أشبهت الدور والأراضي.

وأما كونها لا تصح على وجه ؛ فلأنها تحتك بالاستعمال فيذهب منها أجزاء وإن كانت يسيرة ، وتحصل الأجرة التي من جنسها في مقابلة ذلك الانتفاع[1] فيفضي إلى بيع ذهب بذهب وشيء آخر ، أو فضة بفضة وشيء آخر .

والأول أولى ؛ لما ذكر . والأجرة في مقابلة الانتفاع لا غير فيزول الإشكال.

قال: (وإن قال: إن خطت هذا الثوب اليوم فلك درهم وإن خطته[2] غداً فلك نصف درهم فهل يصح؟ على روايتين).

أما كون ذلك يصح على رواية ؛ فلأن في ذلك غرضاً صحيحاً تدعو الحاجة إليه فوجب أن يصح تحصيلاً لتلك الحاجة.

وأما كونه لا يصح على رواية ؛ فلأنه عقد واحد اختلف عوضه بالتقديم والتأخير فلم يصح ؛ كما لو قال: بعتك بعشرة نقداً أو بعشرين نسأ.

قال: (وإن قال: إن خطته رومياً فلك درهم ، وإن خطته فارسياً فلك نصف درهم فعلى وجهين).

أما الخلاف المذكور من الوجهين فمخرج على الخلاف المتقدم من الروايتين.

وأما معنى الرومي ... ، وأما معنى الفارسي ...[3].

قال: (وإن أكراه دابة وقال: إن رددتها اليوم فكراؤها خمسة ، وإن رددتها غداً فكراؤها عشرة . فقال أحمد: لا بأس به. وقال القاضي: يصح في اليوم الأول دون الثاني).

أما كون ما ذكر لا بأس به على ما قال الإمام أحمد ؛ فلأنه لا يؤدي إلى التنازع.

(١) في هـ: والانتفاع.
(٢) في هـ: خطه.
(٣) كذا في هـ ، و في ج ترك فراغاً مقداره أربع كلمات بعد قوله: وأما معنى الرومي ، وكذا بعد قوله : وأما معنى الفارسي.

وأما كونه يصح في اليوم الأول دون الثاني على قول القاضي ؛ فلأن المؤجر في اليوم الأول معلوم دون الثاني.

قال: (وإن أكراه دابة عشرة أيام بعشرة دراهم فما زاد فله بكل يوم درهم فقال أحمد: هو جائز. وقال القاضي: يصح في العشرة وحدها).

أما كون ذلك جائزاً على قول الإمام أحمد فلما يأتي من حديث علي رضي الله عنه.

وأما كونه يصح في العشرة وحدها على قول القاضي ؛ فلأن المؤجر الذي يقابله العشرة معلوم دون ما بعده.

قال: (ونص أحمد على أنه لا يجوز أن يكتري لمدة غزاته . وإن سمى لكل يوم شيئاً معلوماً فجائز).

أما كونه لا يجوز أن يكتري لمدة غزاته على المنصوص ؛ فلأن ذلك مجهول.

وأما كونه يجوز أن يسمي لكل يوم شيئاً معلوماً ؛ فـ «لأن علياً آجر نفسه كل دلو بتمرة »[1] . و لم ينكره النبي ﷺ . وهذا في معناه.

ولأن ما يقابل كل يوم من المدة معلوم الأجرة . أشبه ما لو قال: أجرتكها سنة كل يوم بدرهم ، أو قال: استأجرتك لنقل هذه الصبرة كل قفيزٍ منها بدرهم.

قال: (وإن أكراهُ كل شهر بدرهم ، أو كل دلو بتمرة ، فالمنصوص أنه يصح ، وكلما دخل شهر[2] لزمهما حكم الإجارة . ولكل واحد الفسخ عند تقَضّي كل شهر. وقال أبو بكر وابن حامد: لا يصح).

أما كون ما ذكر يصح على المنصوص ؛ فلما تقدم من حديث علي[3] ، وعدم إنكار النبي ﷺ.

---

(١) أخرجه أحمد في مسنده (١١٣٥) ١: ١٣٥.

(٢) في هـ: شهراً.

(٣) سبق قريباً.

وأما كونه لا يصح ويلزمهما حكم الإجارة كلما دخل شهر[1] ؛ فلأن دخوله بمنزلة إيقاع العقد على عينه ابتداء.

وأما كون كل واحد منهما له الفسخ عند تَقَضِّي كل شهر ؛ فلأن اللزوم إنما كان لأجل الدخول المنزّل منزلةً إيقاع العقد ابتداء و لم يوجد بعد.

وأما كون ما تقدم ذكره لا يصح على قول أبي بكر وابن حامد ؛ فلأن مدة الإجارة مجهولة.

---

(١) في هـ: شهراً.

فصل [الشرط الثالث]

قال المصنف رحمه الله: (الثالث: أن تكون المنفعة مباحة مقصودة فلا تجوز الإجارة على الزنا والزمر والغناء، ولا إجارة الدار لتجعل كنيسة أو بيت نار أو لبيع الخمر).

أما كون الثالث من شروط الإجارة: أن تكون المنفعة مباحة مقصودة ؛ فلأن المنفعة المحرمة مطلوبة العدم ، وصحة الإجارة تنافيها لأنها تقضي كثرة إيقاعها.

ولأن المنفعة المحرمة لا يجوز مُقابَلَتُها بالعوض في البيع فكذا في الإجارة.

ولأن ما لا يقصد لا يقابل بالعوض.

وأما كون الإجارة لا تجوز على الزنا ولا على الزمر ولا على الغناء ؛ فلأن جميع ذلك محرم.

وأما كون إجارة الدار لتجعل كنيسة أو بيت نار أو لبيع الخمر لا يجوز ؛ فلأن في ذلك إعانة على المعصية . أشبه الإجارة للزنا.

قال: (ولا يصح الاستئجار على حمل الميتة والخمر. وعنه : يصح ويكره أكل أجرته).

أما كون الاستئجار على حمل ما ذكر لا يصح على المذهب ؛ فلأنه استئجار لفعل محرم فلم يصح ؛ كغيره من المحرمات.

وأما كونه يصح على رواية ؛ فلأن الفعل لا يتعين عليه.

ولأنه يجوز حمله[1] لإراقته فكذا حمله لغيره.

وأما كونه يكره أكل أجرته ؛ فللاختلاف في حرمته.

---

(١) ساقط من هـ.

فصل [في أنواع الإجارة]

قال المصنف رحمه الله: (والإجارة على ضربين:

أحدهما: إجارة عين ، فيجوز إجارة كل عين يمكن استيفاء المنفعة المباحة منها مع بقائها ، فيجوز له استئجار حائط ليضع عليه أطراف خشبه ، وحيوان ليصيد به إلا الكلب ، واستئجار كتاب ليقرأ فيه إلا المصحف في أحد الوجهين ، واستئجار النقد للتحلي والوزن لا غير . فإن أطلق الإجارة لم تصح في أحد الوجهين وتصح في الآخر ، وينتفع بها في ذلك).

أما كون [الإجارة على ضربين ؛ فلأنها تارة تكون على العين ، وتارة تكون على عمل في الذمة.

وأما كون][1] إجارة كل عين يمكن استيفاء المنفعة المباحة منها مع بقائها يجوز ؛ فلأن الشروط المعتبرة مجتمعة فيها.

فعلى هذا يجوز استئجار حائط ليضع عليه أطراف خشبه ؛ لأن الحائط عين يمكن استيفاء المنفعة منها مع بقائها ، واستئجار حيوان غير كلب له ليصيد به لما ذكر . وإنما لم يجز في الكلب لأن إجارته كبيعه وبيعه غير جائز فكذا إجارته ، واستئجار كتاب غير مصحف ليقرأ فيه لما تقدم.

وأما إجارة المصحف ففيها وجهان مخرجان على بيعه .

واستئجار النقد للتحلي والوزن لما تقدم ولا يجوز لغير ذلك من إنفاق وغيره لأن فيه إذهاباً لعينه ، وبقاؤها شرط.

فعلى هذا إذا أطلق الإجارة فهل تصح؟ فيه وجهان:

---

(١) ساقط من هـ.

أحدهما: لا يصح ويكون قرضاً . ذكره القاضي لأن الإجارة تقتضي الانتفاع ، والانتفاع بالدراهم والدنانير المعتاد إنما هو بأعيانهما فإذا أطلق الانتفاع حمل على العرف.

وثانيهما: يصح . ذكره أبو الخطاب لأن المنفعة المستوفاة منهما بالإجارة المنفعة في التحلي والوزن وهما متقاربان فوجب أن يحمل الإطلاق عليهما ؛ كاستئجار الدار مطلقاً فإنه يتناول السكنى ووضع المتاع فيها.

فعلى هذا ينتفع بهما في الوزن والتحلي لأنهما اللذان حمل العقد عليهما.

قال: (ويجوز استئجار ولده لخدمته وامرأته لرضاع ولده وحضانته).

أما كون استئجار الولد لخدمة والده يجوز ؛ فلأنه يجوز أن يؤجره من الأجنبي فجاز من نفسه بالقياس عليه.

وأما كون استئجار امرأته لرضاع ولده يجوز ؛ فلأن الله تعالى قال: ﴿فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن﴾ [الطلاق:٦] ، وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «لا ترضع لكم الحمقاء»[1] فدل بمفهومه على جواز استرضاع غيرها.

ولأن كل عقد صح مع غير الزوج صح معه ؛ كالبيع.

ولأن منافعها في الرضاع والحضانة غير مستحقة للزوج بدليل أنه لا يملك إجبارها على ذلك.

قال صاحب النهاية فيها: النهي في الحديث نهي شفقة لأن الحمق مرض والمرض يضر بالولد.

وقال: الحضانة تربية الولد ودهنه ومعاهدته بالكحل والغسل لأقذاره وأوساخه وإصلاح طعامه.

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٧: ٤٦٤ كتاب الرضاع، باب ما ورد في اللبن يشبه عليه. مرسلاً.

قال: (ولا تصح إلا بشروط خمسة:

أحدها: أن يعقد على نفع العين دون أجزائها، فلا تصح إجارة الطعام للأكل ، ولا الشمع ليشعله ، ولا حيوان ليأخذ لبنه . إلا في الظئر ، ونقع البئر يدخل تبعاً).

أما كون إجارة العين لا تصح إلا بالشروط الخمسة المذكورة فلما يأتي ذكره في كل واحد منها.

وأما كون أحد الشروط المذكورة: أن يعقد على نفع العين دون أجزائها فيما عدا المستثنى ؛ فلأن الإجارة عقد على المنافع فإذا وقع على الأجزاء لم تكن إجارة.

فعلى هذا لا تصح إجارة شيء مما ذكر المصنف كما ذكره لأنها إجارة على جزء لا على عين[1].

وأما كون إجارة الظئر وهي المرضعة تصح ؛ فلما تقدم من قوله: ﴿فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن﴾ [الطلاق:٦].

و « لأن النبي ﷺ استرضع ولده إبراهيم ».

ولأن الحاجة تدعو إليه . أشبه سائر المنافع.

وأما كون إجارة نقع البئر يصح ؛ فلأن الحاجة تدعو إليه . أشبه لبن الظئر.

وأما قول المصنف رحمه الله: يدخل تبعاً فيحتمل أنه عائد إلى نقع البئر لأنه أفرد الضمير ، ويحتمل أنه عائد إلى الظئر ونقع البئر . وبه صرح غيره فقال: إلا في الظئر ونقع البئر فإنهما يدخلان تبعا.

فعلى هذا يكون في الكلام إشعار بأن المعقود عليه في الظئر غير اللبن . واختلف الأصحاب في ذلك : فمنهم من قال: هو الخدمة ، واللبن تبعاً ؛ كالصبغ في إجارة الصباغ لأن اللبن لو كان معقوداً عليه لاستحق بالإجارة عين من الأعيان . ومنهم من قال: هو اللبن.

قال القاضي: هو أشبه لأنه لو كان الخدمة لما وجب على الظئر سقي الولد[1] اللبن فيكون استحقاق العين بالإجارة . وخصه لموضع الحاجة لأن غيره لا يقوم مقامه ولهذا

---

(١) في هـ: نفع.

جاز في الآدمي دون غيره من الحيوان لأن الحاجة تدعو إلى حفظه وإبقائه بخلاف غيره .
ولقائل أن يقول: استثناء لبن الظئر مما لا تجوز إجارته لكونه لا ينتفع به إلا بذهاب عينه مع القول بأنه يدخل تبعاً لا يصح ؛ لأن المعقود عليه إن كان الخدمة فلا يصح استثناؤها مما ذكر لكونها ليست من جنس المستثنى منه لأن خدمة المرضعة نفع مع بقاء العين ، وإن كان اللبن فلا يصح قوله: يدخل تبعاً لأنه معقود عليه فهو أصل لا تبع . والأولى أن يحمل كلام المصنف على نقع البئر خاصة ليخلص من هذا الإشكال.

وأما نقع البئر فإنه يدخل تبعاً لأن هواء البئر وعمقه فيه نوع انتفاع بمرور الدلو فيه.

قال: (الثاني: معرفة العين برؤية أو صفة في أحد الوجهين ، وتصح في الآخر بدونه . وللمستأجر خيار الرؤية).

أما كون الثاني من شروط صحة إجارة العين: معرفة العين المستأجرة برؤية أو صفة في أحد الوجهين ؛ فلأن الإجارة بيع المنافع فوجب أن لا تصح إلا بذلك كالبيع.

فعلى هذا لو استأجر ما لم يره و لم يوصف له لم تصح الإجارة لفقدان الشرط.

وأما كونها تصح بدون ذلك في وجه ؛ فلأن البيع يصح بدون ذلك في رواية.

وأما كون المستأجر له خيار الرؤية على الوجه المذكور ؛ فلأن من اشترى ما لم يره و لم يوصف له : له الخيار المذكور فكذا المستأجر لذلك.

قال: (الثالث: القدرة على التسليم ، فلا تصح إجارة الآبق والشارد ولا المغصوب[٢] ممن لا يقدر على أخذه).

أما كون الثالث من شروط صحة[٣] إجارة العين: القدرة على التسليم ؛ فلأنها بيع . أشبهت بيع الأعيان.

وأما كونه لا تصح إجارة الآبق والشارد ولا المغصوب ممن لا يقدر على أخذه فلعدم القدرة المشترطة.

⇦

(١) ساقط من هـ.
(٢) في هـ: والمغصوب.
(٣) ساقط من هـ.

قال: (ولا تجوز إجارة المشاع مفرداً لغير شريكه . وعنه : ما يدل على جوازه).

أما كون إجارة المشاع لا تجوز مفرداً لغير شريك المؤجر على المذهب ؛ فلأنه لا يقدر على تسليمه فلم تجز إجارته . وإنما قلنا لا يقدر على تسليمه لأنه لا يقدر على ذلك إلا بتسليم نصيب شريكه.

وأما كونها تجوز على رواية ؛ فلأنه يجوز بيعه فجاز إجارته كالمفرد.

وأما قول المصنف: مفرداً لغير شريكه فمشعر بأمرين:

أحدهما: جواز إجارته مع نصيب شريكه ؛ مثل: أن يوكلا شخصاً في إجارة ذلك أو يوكل أحدهما صاحبه.

وثانيهما: جواز إجارته لشريكه . وصرح به المصنف في المغني لأن المانع من الصحة تعذر التسليم وهو منتف في الموضعين المذكورين.

قال: (الرابع: اشتمال العين على المنفعة. فلا تجوز إجارة بهيمة زَمِنَة للحمل ، ولا أرض لا تنبت للزرع).

أما كون الرابع من شروط صحة إجارة العين: اشتمال العين المستأجرة على المنفعة ؛ فلأن الإجارة عقد معاوضة فاشترط اشتماله على المنفعة ؛ كالبيع.

وأما كونه لا تجوز إجارة بهيمة زمنة للحمل ، ولا أرض لا تنبت للزرع فلعدم اشتمالها على المنفعة المشترطة.

قال: (الخامس: كون المنفعة مملوكة للمؤجر أو مأذوناً له فيها . فيجوز للمستأجر إجارة العين لمن يقوم مقامه ، ويجوز للمؤجر وغيره بمثل الأجرة وزيادة . وعنه : لا يجوز بزيادة . وعنه : إن جدد فيها عمارة جازت الزيادة وإلا فلا . وللمستعير إجارتها إذا أذن له المعير مدة بعينها).

أما كون الخامس من شروط صحة إجارة العين: كون المنفعة مملوكة للمؤجر أو مأذون له فيها ؛ فلأنها بيع المنافع فاشترط فيها ذلك ؛ كالبيع.

وأما كون المستأجر يجوز له إجارة العين المستأجرة لمن يقوم مقامه ؛ فلأن المنفعة مملوكة له فجاز له بيعها كبيع المشتري للمبيع. وإنما اشترط كون المستأجر ثانياً ممن يقوم

مقام المستأجر أوّلاً ليكون انتفاعه كانتفاعه ؛ لأنه إذا زاد عليه كان فيه إضرار وذلك منتفٍ شرعاً.

وأما كون إجارة العين المستأجرة تجوز للمؤجر ؛ فلأن كل عقد جاز مع غير العاقد جاز مع العاقد دليله البيع.

وأما كونها تجوز لغيره بمثل الأجرة فلا شبهة فيه.

وأما كونها تجوز بزيادة على المذهب ؛ فلأنه عقد يجوز برأس المال فيجوز بالزيادة ؛ كبيع المبيع.

وأما كونها لا تجوز على روايةٍ فـ «لأن النبي ﷺ نهى عن ربح ما لم يضمن»[1]. والمنفعة في الإجارة غير مضمونة.

وأما كونه إن جدد فيها عمارة جاز على روايةٍ ؛ فلأن الربح يقع في مقابلة ذلك ، وإن لم يجدد لم يجز للحديث المذكور . وذكر المصنف في المغني رواية أخرى أنه إن أذن له المالك في الزيادة جاز وإلا لم يجز.

وأما كون المستعير له إجارة المستعار إذا أذن له المعير مدة بعينها ؛ فلأن شرط المنفعة كونها مملوكة للمؤجر أو مأذون له فيها وذلك موجود هاهنا.

قال: (وتجوز إجارة الوقف . فإن مات المؤجر فانتقل إلى من بعده لم تنفسخ الإجارة في أحد الوجهين ، وللثاني حصته من الأجرة).

أما كون إجارة الوقف تجوز ؛ فلأن المنافع مملوكة للمؤجر.

وأما كونها لا تنفسخ بموت المؤجر الآجر في وجه ؛ فلأنه آجر ملكه في زمن ولايته فلم تنفسخ كما لو أجّر ملكه الطلق.

وأما كونها تنفسخ فيما بقي في وجه ؛ فلأنه تبين أنه آجر ملكه وملك غيره فصح كما في ملكه ، وتبين البطلان في ملك غيره لأن المنافع بعد موته حق لغيره فلا ينفذ عقده عليه من غير ولاية . وفارق الطلق من حيث إن الوارث يملك من جهة موروثه بخلاف البطن الثاني في الوقف فإنه يملك من جهة الواقف . فعلى القول بأنها لا تنفسخ :

---

(1) سبق تخريجه ص: ٧٢٥.

للثاني حصته من الأجرة من حين موت الأول . فإن كان الأول قبضها رجع من انتقل إليه الوقف بحصته في تركة المؤجر ؛ لأنه تبين عدم استحقاقه له ، وعلى القول بـــأنها تنفسخ يرجع من انتقل إليه الوقف في عين المنفعة ويرجع المستأجر على تركة المؤجر بحصة الباقي من الأجرة.

قال: (وإن أجر الولي اليتيم أو العبد ثم بلغ الصبي وعتق العبد لم تنفسخ الإجارة ، ويحتمل أن تنفسخ).

أما كون إجارة اليتيم لا تنفسخ ببلوغه ، والعبد بعتقه على المذهب ؛ فلأن الإجارة عقد لازم ، عُقِد بحق الولاية في اليتيم والملك في العبد . فلم تنفسخ ببلوغ اليتيم ؛ كما لو[1] باع داره أو زوّجه ، ولا يعتق العبد ؛ كما لو زوج أمته ثم باعها.

وأما كونه يحتمل أن تنفسخ ؛ فلما ذكر في إجارة الوقف.

(١) ساقط من هـ.

فصل [في الأجير الخاص]

قال المصنف رحمه الله: (وإجارة العين تنقسم قسمين:

أحدهما: أن تكون على مدة ؛ كإجارة الدار شهراً ، والأرض عاماً ، والعبد للخدمة ، أو للرعي مدة معلومة . ويسمى الأجير فيها : الأجير الخاص).

أما كون إجارة العين تنقسم قسمين ؛ فلأنها تارة تنضبط بالمدة كما مثّل المصنف رحمه الله ، وتارة بالعمل كما يأتي في القسم الثاني . وكلاهما صحيح.

أما الأول ؛ فلأن ابن المنذر قال: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن[1] استئجار المنازل والدواب جائز ، وقد «ثبت أن موسى عليه السلام أجر نفسه للرعي مدة معلومة »[2].

وأما الثاني فيأتي ذكره في موضعه.

وأما كون الأجير فيما ذكر يسمى الأجير الخاص ؛ فلأن المستأجِر يختص بالمنفعة في تلك المدة دون سائر الناس.

قال: (ويشترط كون المدة معلومة يغلب على الظن بقاء العين فيها وإن طالت. ولا يشترط أن تلي العقد فلو أجره سنة خمس في سنة أربع صح سواء كانت العين[3] مشغولة وقت العقد أو لم تكن).

أما كونه يشترط كون المدة معلومة كشهر وسنة ؛ فلأن المدة هي الضابطة للمعقود عليه المعرفة له فوجب أن تكون معلومة ؛ كعدد المكيلات فيما بيع بالكيل.

---

(١) ساقط من هـ.

(٢) سبق تخريجه ص: ٧٤٩.

(٣) في هـ: الإجارة.

وأما كونه يشترط كون المدة يغلب على الظن بقاء العين فيها ؛ فلأن العين إذا كانت كذلك يتمكن المستأجر من استيفاء المقصود من الإجارة غالباً . بخلاف ما إذا لم تكن كذلك.

وأما قول المصنف رحمه الله: وإن طالت ففيه تنبيه على أن الإجارة في المدة الطويلة صحيحة إذا كانت العين يغلب على الظن بقاؤها فيها كالمدة القصيرة لأن المصحح في القصيرة الغلبة المذكورة وهي موجودة في الطويلة فوجبت الصحة عملاً بالعلة.

وأما كونه لا يشترط أن تلي المدة العقد ؛ فلأنها مدة يجوز العقد عليها مع غيرها فجاز العقد عليها منفردة كالتي تلي العقد.

فعلى هذا يصح أن يستأجر سنة خمس في أربع لأن[1] غاية ما يقدر في ذلك أنها مدة تلي لا تلي العقد وذلك غير شرط.

وأما كونه يصح فيما ذكر سواء كانت العين مشغولة وقت العقد أو لم تكن ؛ فلأن التسليم في الحال لا يجب فلا يضر الشغل.

قال: (وإذا آجره[2] في أثناء شهر سنة استوفى شهراً بالعدد وسائرها بالأهلة . وعنه : يستوفي الجميع بالعدد . وكذلك الحكم في كل ما يعتبر فيه الأشهر ؛ كعدة الوفاة ، وشهرَيْ صيام الكفارة).

أما كون المستأجر يستوفي الشهر الأول بالعدد ، وسائر السنة بالأهلة على المذهب ؛ فلأن الشهر الأول تعذر إتمامه بالهلال فوجب إتمامه بالعدد ، وما عداه لا يتعذر فوجب اعتباره بالأهلة لأنها الأصل.

وأما كونه يستوفي الجميع بالعدد على رواية ؛ فلأنها مدة يستوفى بعضها بالعدد فوجب استيفاء جميعها بالعدد ؛ كما لو كانت المدة شهراً واحداً.

ولأن الشهر الأول ينبغي أن يكمل من الشهر الذي يليه فيحصل ابتداء الشهر الثاني في أثنائه وكذلك كل شهر يأتي بعده.

---

(١) في هـ: لا.

(٢) في هـ: أجاره.

وأما كون الحكم في كل ما يعتبر فيه الأشهر كما مّثل المصنف كالحكم فيما ذكر ؛ فلأن الكل سواء معنى فكذا يجب أن يكون حكماً.

قال: (القسم الثاني: إجارتها لعمل معلوم ؛ كإجارة الدابة للركوب إلى موضع معين، أو بقر لحرث مكان، أو دياس زرع، أو استئجار عبد ليدله على طريق، أو رحى لطحن قفزان معلومة. فيشترط معرفة العمل وضبطه بما لا يختلف).

أما كون الإجارة كما ذكر تصح ؛ فلأن المنفعة معلومة. أشبهت إجارة الدار. وقد جاء «أن النبي ﷺ وأبا بكر استأجرا عبدالله بن أُريقِط هَادِياً خرِّيتاً»[1] . أي ماهراً بالهداية فدلهما على طريق المدينة.

وأما كونه يشترط معرفة العمل وضبطه بما لا يختلف ؛ فلأن العمل إذا لم يكن معروفاً مضبوطاً بما ذكر يكون مجهولاً فلا تصح الإجارة معه.

ولأن العمل هو المعقود عليه فاشترط معرفته وضبطه بما ذكر ؛ كالمبيع[2].

---

(١) سبق تخريجه ص: ٧٤٥. ولم يذكر لفظ: «عبدالله بن أريقط».

(٢) في هـ: كالبيع.

فصل [في الأجير المشترك]

قال المصنف رحمه الله: (الضرب الثاني: عقد على منفعة في الذمة، مضبوطة بصفات كالسلم، كخياطة ثوب، وبناء حائط، أو حمل إلى موضع معين. ولا يكون الأجير فيها إلا آدمياً جائز التصرف. ويسمى الأجير المشترك).

أما كون الإجارة على منفعة في الذمة تصح؛ فلأن الإجارة بيع فصح عقدها في الذمة كالسلم.

وأما كونها يشترط ضبطها بصفات كالسلم؛ فلأن الإجارة في الذمة منوطة بالسلم جوازاً فيجب أن تكون منوطة به اشتراطاً.

وأما كونها لا يكون الأجير فيها إلا آدمياً؛ فلأنها متعلقة بالذمة ولا ذمة لغير آدمي.

وأما كونه لا يكون إلا جائز التصرف؛ فلأن الإجارة بيع فلم تصح من غير جائز التصرف؛ كبيع الأعيان.

وأما كونه يسمى الأجير المشترك؛ فلأنه يتقبل أعمالاً كثيرة من ناس كثير في وقت واحد فيشتركون في استحقاق منفعته.

قال: (ولا يجوز الجمع بين تقدير المدة والعمل؛ كقوله: استأجرتك لتخيط لي هذا الثوب في يوم. ويحتمل أن يصح).

أما كونه لا[1] يجوز الجمع بين تقدير المدة والعمل كما مثل المصنف رحمه الله على المذهب؛ فلأنه قد يفرغ من خياطته في بعض اليوم. فإن طولب بالعمل في بقيته كان زيادة على ما وقع عليه العقد، وإن لم يعمل كان تركاً للعمل في بعض المدة التي وقع العقد عليها وقد لا يفرغ من خياطته في اليوم فيفضي أيضاً إلى مثل ما ذكرناه.

وأما كونه يحتمل أن يصح؛ فلأن الإجارة معقودة على العمل، والمدة مذكورة للتعجيل فلا يُفسد ذلك العقد. وحكى المصنف في المغني أن في كلام أحمد ما يدل على صحة ذلك.

---

(١) ساقط من هـ.

قال: (ولا تصح الإجارة على عمل يختص فاعله أن يكون من أهل القربة[١] ؛ كالحج والأذان ونحوهما . وعنه : تصح).

أما كون الإجارة على ما ذكر لا تصح على المذهب ؛ فلأن من شرط صحة هذه الأفعال كونها قربة إلى الله تعالى فلم يصح أخذ الأجرة عليها ؛ كما لو استأجر قوماً يصلون خلفه الجمعة والتراويح.

وأما كونها تصح على روايةٍ فـ « لأن النبي ﷺ زوج رجلاً بما معه من القرآن »[٢] متفق عليه.

وإذا صح كون تعليم القرآن عوضاً في باب النكاح وقام مقام المهر صح أخذ الأجرة عليه في الإجارة .

وثبت «أن أبا سعيد رقَى رجلاً بفاتحة الكتاب على جُعل فبرأ ، وأخذَ الصحابةُ الجعلَ ، وأتوا به النبي ﷺ فأخبروه وسألوه . فقال: لَعَمرِي ! لَمنْ أكلَ برقيةٍ باطلٍ . لقدْ أكلتَ برقيةِ حقٍ . كلوا واضربوا لي معكمْ بسهم »[٣].

ولأنه يصح أخذ الرزق عليه من بيت المال فصح أخذ الأجرة عليه كبناء المساجد والقناطر .

والأول أصح ؛ لما روى عثمان بن أبي العاص قال: «آخرُ ما عهدَ إليّ رسول الله ﷺ أن اتخذْ مُؤذناً لا[٤] يأخذُ على أذانه أَجْراً »[٥] قال الترمذي: هذا حديث حسن.

---

(١) في هـ: القرب.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٨٤٢) ٥: ١٩٧٣ كتاب النكاح، باب السلطان ولي.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٤٢٥) ٢: ١٠٤٠ كتاب النكاح، باب الصداق وجواز كونه تعليم قرآن...

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٧٢١) ٤: ١٩١٣ كتاب فضائل القرآن، باب فضل فاتحة الكتاب.
وأخرجه مسلم في صحيحه (٢٢٠١) ٤: ١٧٢٧ كتاب السلام، باب جواز أخذ الأجرة على الرقية بالقرآن والأذكار. كلاهما من دون قوله : ((فقال: لَعمرِي لَمنْ أكلَ برقية باطلٍ لقدْ أكلتَ برقية حق)) .
وهذه اللفظة أخرجها أبو داود في سننه من حديث خارجة بن الصلت عن عمه ((أنه مر بقوم فأتوه فقالوا : إنك جئت من عند هذا الرجل بخير . فارق لنا هذا الرجل . فأتوه برجل معتوه في القيود . فرقاه بأم القرآن ثلاثة أيام غدوة وعشية وكلما ختمها جمع بزاقه ثم تفل فكأنما أنشط من عقال . فأعطوه شيئا . فأتى النبي ﷺ فذكره له . فقال النبي ﷺ: كل فلعمري لمن أكل برقيةٍ باطلٍ لقد أكلت برقية حق)) . (٣٤٢٠) ٣: ٢٦٦ كتاب البيوع، باب في كسب الأطباء.

(٤) في هـ: أن لا.

(٥) أخرجه الترمذي في جامعه (٢٠٩) ١: ٤٠٩ أبواب الصلاة، باب ما جاء في كراهية أن يأخذ المؤذن على الأذان أجراً.

⇦

وروى عبادة بن الصامت قال: «علّمتُ ناساً من أهل الصُّفّة القرآنَ والكتابةَ . فأهدَى إليّ رجلٌ منهم قَوساً . فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ فقالَ[1]: إن سَرَّكَ أن يُقلدَكَ اللهُ قَوساً من نارٍ فاقبلها »[2].

وعن أبي بن كعب «أنه علم رجلاً سورة من القرآن فأهدى له خميصة أو ثوباً . فذكر ذلك لرسول الله ﷺ . فقال: لو أنك لبستها أو أخذتها ألبسك الله مكانها ثوباً من نار »[3].

وعن عبدالرحمن بن شبل الأنصاري قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «اقرأوا القرآنَ ولا تَغْلُوا فيهِ ولا تَجفُوا عنه ولا تَأكلُوا بهِ ولا تَستَكثِرُوا بهِ »[4] . روى هذه الأحاديث كلها الأثرم في سننه.

وأما الأخذ على الرقية فإن الإمام أحمد اختار جوازه.

وأما جعل التعليم صداقاً فعن أحمد فيه خلاف ، وذكر الخبر ليس فيه تصريح بأن التعليم صداق إنما قال: «زوجتكها على ما معك من القرآن »[5] فيحتمل أنه زوجه إياها بغير صداق إكراماً له لما معه من القرآن. ونُقل عنه جوازه . والفرق بينه وبين الأجرة أن الصداق ليس عوضاً محضاً وإنما وجب وصلة ونحلة . ولهذا جاز خلو العقد عن تسميته وصح مع فساده . بخلاف الأجرة في غيره.

قال: (وإن استأجره ليحجمه صح . ويكره للحر أكل أجرته ويُطعمه الرقيق والبهائم . وقال القاضي: لا يصح).

أما كون الاستئجار على الحجامة تصح على قول غير القاضي فـ «لأن النبي ﷺ حجمه أبو طيبة وأعطاه أجرة »[6] متفق عليه.

⇨

وأخرجه ابن ماجة في سننه (٧١٤) ١: ٢٣٦ كتاب الأذان والسنة فيها، باب السنة في الأذان.

(١) في هـ: قال.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٣٤١٦) ٣: ٢٦٤ كتاب البيوع، باب في كسب المعلم.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢١٥٧) ٢: ٧٣٠ كتاب التجارات، باب الأجر على تعليم القرآن.

(٣) أخرجه ابن ماجة في سننه (٢١٥٨) ، الموضع السابق.

(٤) أخرجه أحمد في مسنده (١٥٧٠٦) ٣: ٤٤٤.

(٥) سبق تخريجه ص: ٧٦٦.

(٦) أخرجه البخاري في صحيحه (٥٣٧١) ٥: ٢١٥٦ كتاب الطب، باب الحجامة من الداء.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٧٧) ٣: ١٢٠٤ كتاب المساقاة، باب حل أجرة الحجامة.

قال ابن عباس: ولو كان حراماً ما أعطاه أجرة[1].

وأما كونه يكره للحر أكل أجرة الحجامة فللحديث الآتي ذكره.

ولأن أسوأ أحوال الأجرة في الحديث أن تكون مكروهة.

وأما كونه يطعم الأجرة رقيقه وبهائمه ؛ فلأن النبي ﷺ قال: «أطعمهُ ناضِحكَ ورقيقَك »[2] رواه الترمذي. وقال: حديث حسن.

وأما كونه لا يصح على قول القاضي ؛ فلأن النبي ﷺ قال: « كسب الحجام خبيث »[3] متفق عليه.

والأول اختيار المصنف رحمه الله وأبي الخطاب .

وذكر القاضي أن الإمام أحمد نص على عدم الإجارة عليها في مواضع.

قال المصنف في المغني: تسميته خبيثاً لا يلزم منه الحرام ؛ « لأن النبي ﷺ سمى الثوم والبصل خبيثين »[4] . وهما مباحان.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (١٩٩٧) ٢: ٧٤١ كتاب البيوع، باب ذكر الحجام.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٢٠٢) ٣: ١٢٠٥ كتاب المساقاة، باب حل أجرة الحجامة.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٣٤٢٢) ٣: ٢٦٦ كتاب الاجارة ، باب في كسب الحجام.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٢٧٧) ٣: ٤٩٢ كتاب البيوع، باب ما جاء في كسب الحجام.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢١٦٦) ٢: ٧٣٢ كتاب التجارات، باب كسب الحجام.

(٣) لم أره بهذا اللفظ عند البخاري ، وقد أخرج البخاري معناه عن عون بن أبي جُحيفة قال: « رأيت أبي اشترى حجاماً فأمر بمَحَاجمه فكُسرت، فسألته عن ذلك قال: إن رسول الله ﷺ نهى عن ثمن الدم وثمن الكلب ، وكسب الأَمة ، ولَعن الواشمة والمستوشمة ، وآكل الربا وموكله ، ولعن المصور ». (٢١٢٣) ٢: ٧٨٠ كتاب البيوع، باب ثمن الكلب.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٦٨) ٣: ١١٩٩ كتاب المساقاة، باب تحريم ثمن الكلب... واللفظ له.

(٤) أخرجه مسلم في صحيحه (٥٦٥) ١: ٣٩٥ كتاب المساجد ومواضع الصلاة، باب نهي من أكل ثوماً أو بصلاً أو كراثا أو نحوها. ولفظه: عن أبي سعيد قال: « لم نَعْدُ أن فتحت خيبر. فوَقعْنا أصحاب رسول الله ﷺ في تلك البقلة الثوم والناس جياع فأكلنا منها أكلاً شديداً. ثم رُحنا إلى المسجد فوجد رسول الله ﷺ الريح. فقال: من أكل من هذه الشجرة الخبيثة شيئاً فلا يقربنّا في المسجد ».

فصل [في استيفاء المنفعة]

قال المصنف رحمه الله: (وللمستأجر استيفاء المنفعة بنفسه وبمثله. ولا يجوز بمن هو أكثر ضرراً منه، ولا بمن يخالف ضررُه ضررَه).

أما كون المستأجر له استيفاء المنفعة بنفسه ؛ فلأن أصل العقد يراد للعاقد.

وأما كونه له استيفاؤها بمثله ؛ فلما تقدم في قوله: وتجوز إجارة العين لمن يقوم مقامه[1].

وأما كونه لا يجوز بمن هو أكثر ضرراً منه ؛ فلأنه يضر بالمؤجر.

ولأن المستأجر الثاني ينبغي أن يكون له ما للأول فإذا كان الأول ضرره قليل وجب أن يكون الثاني مثله.

قال: (وله أن يستوفي المنفعة وما دونها في الضرر من جنسها. فإذا اكترى لزرع الحنطة فله زرع الشعير ونحوه، وليس له زرع الدخن ونحوه. ولا يملك الغرس ولا البناء، وإن اكتراها لأحدهما لم يملك الآخر، وإن اكتراها للغرس[2] ملك الزارع).

أما كون المستأجر له استيفاء المنفعة المعقود عليها من زرع وبناء وغير ذلك ؛ فلأن ذلك هو المقصود من الإجارة والمعقود من أجله.

وأما كونه له استيفاء [ما دون][3] المنفعة المعقود عليها في الضرر مع اتحاد الجنس ؛ فلأنه إذا كان له استيفاء نفس المنفعة المعقود عليها فما دونها أولى.

فعلى هذا إذا اكترى أرضاً لزرع حنطة فله زرعها بها لأنها المعقود عليها، وله زرع الشعير لأنه دونها في الضرر، وليس له زرع الدَّخَن ونحوه. ولا يملك الغرس ولا البناء

---

(١) ص: ٧٦٠.

(٢) في هـ: للغراس.

(٣) ساقط من هـ.

لأن كل واحد من ذلك فوق الحنطة في الضرر . وإن اكتراها للغرس لم يملك الآخر لأن ضرر كل واحد يخالف ضرر الآخر . وإن اكتراها للغرس ملك الزرع لأنه أقل ضرراً.

قال: (وإن اكترى دابة للركوب أو للحمل لم يملك[1] الآخر . وإن اكتراها لحمل الحديد أو القطن لم يملك حمل الآخر . فإن فعل فعليه أجرة المثل).

أما كون المستأجر لا يملك الحمل إذا اكترى للركوب ؛ فلأن الراكب يعين الظهر بحركته.

وأما كونه لا يملك الركوب إذا اكترى للحمل ؛ فلأن الراكب أشد على الظهر لأنه يقعد في موضع واحد والمتاع يتفرق على جنبيه.

وأما كونه لا يملك حمل القطن إذا اكترى الدابة لحمل الحديد ؛ فلأنه أضر منه لكونه يتجافى ، وتهب فيه الريح فيتعب الظهر.

وأما كونه لا يملك حمل الحديد إذا اكترى لحمل القطن ؛ فلأنه أضر منه لاجتماعه وثقله.

وأما كونه عليه أجرة المثل إذا فعل غير ما استأجره ؛ فلأنه عدل عن المعقود عليه إلى غيره . أشبه ما لو استأجر أرضاً فزرع أخرى.

قال: (وإن اكتراها لحمولة شيء فزاد عليه ، أو إلى موضع فجاوزه فعليه الأجرة المذكورة وأجرة المثل للزائد . ذكره الخرقي . وقال أبو بكر: عليه أجرة المثل للجميع . وإن تلفت ضَمن قيمتها إلا أن تكون في يد صاحبها فيضمن نصف قيمتها في أحد الوجهين).

أما كون المستأجر عليه الأجرة المذكورة وأجرة المثل للزائد إذا زاد على ما استأجر أو جاوز مكانه على قول الخرقي: أما الأجرة المذكورة ؛ فلأنه استوفى المعقود عليه، وأما أجرة المثل للزائد ؛ فلأنه حمله على ملك غيره بغير إذنه ولا تقدير عوضه فلزمه أجرة مثله.

(١) ساقط من هـ.

وأما كونه عليه أجرة المثل للجميع على قول أبي بكر ؛ فلأنه عدل عن المعقود عليه إلى غيره . أشبه ما لو فعل ذلك من غير إجارة.

وأما كونه يضمن قيمة الدابة إن تلفت في زمان التعدي و لم يكن في يد صاحبها ؛ فلأنه متعد في فعله . أشبه ما لو غصبها فتلفت.

وأما كونه يضمنها إذا كانت في يد صاحبها في وجه ؛ فلأنها تلفت بجنايته عليها ، وسكوت صاحبها لا يسقط الضمان ؛ كمن جلس إلى إنسان فخرق ثوبه وهو ساكت.

وأما كونه يضمن نصف قيمتها في وجه ؛ فلأنها تلفت بفعل مضمون وغير مضمون . أشبه ما إذا جرح أجنبي شخصاً جرح نفسه فمات فإن الأجنبي يلزمه نصف الدية.

وقال صاحب النهاية فيها: والمذهب الأول ؛ لأن رجلاً لو ألقى حجراً في سفينة مملوءة بالأمتعة فغرقت وجب عليه ضمان السفينة وما[1] فيها ، وإن كان مثل الحجر لا تغرق به السفينة تغليباً للفعل المضمون ، وإضافة للحكم إلى السبب الأخير . فكذلك هاهنا . ومثل ذلك إذا زاد الجلاد في الحد سوطاً فمات المحدود فإنه يلزمه كمال الدية على المذهب.

---

(١) ساقط من هـ.

فصل [فيما يلزم المؤجر والمستأجر]

قال المصنف رحمه الله: (**ويلزم المؤجر كل ما يتمكن به من النفع كزمام الجمل، ورحله، وحزامه، والشد عليه، وشد الأحمال، والمحامل، والرفع، والحط، ولزوم البعير لينزل لصلاة الفرض، ومفاتيح الدار، وعمارتها، وما جرت عادته به. فأما تفريغ البالوعة والكنف فيلزم المستأجر إذا تسلمها فارغة**).

أما كون المؤجر يلزمه ما ذكر ... إلى التفريغ؛ فلأن ذلك بفعل عادة فحمل مطلق العقد عليه.

ولأن[1] التمكين واجب عليه، ولا يتم بدون ذلك، وما لا يتم الواجب إلا به واجب.

وأما كون المستأجر يلزمه تفريغ البالوعة والكُنُف إذا تسلمها فارغة؛ فلأن ذلك حصل بفعله فكان تنظيفه عليه؛ كما لو طرح فيها قماشاً.

وفي تقييد اللزوم بتسليمها فارغة دليل على أنه إذا تسلمها ملئى يكون تفريغها على المؤجر وصرح به في المغني لأنه لا يمكن الانتفاع إلا بذلك.

---

(١) في هـ: فلأنه.

فصل [الإجارة عقد لازم]

قال المصنف رحمه الله: (والإجارة عقد لازم من الطرفين ليس لأحدهما فسخها. وإن بدا له قبل تَقَضّي المدة فعليه الأجرة. وإن حوله المالك قبل تقضيها لم يكن له أجرة لما سكن. نص عليه. ويحتمل أنّ له من الأجرة بقسطه).

أما كون الإجارة عقد لازم من طرفي المؤجر والمستأجر ؛ فلأنها عقد معاوضة . أشبهت البيع.

ولأنها نوع من البيع . وإنما اختصت باسم كما اختص الصرف والسلم.

وأما كون المتعاقدين ليس لأحدهما فسخها ؛ فلأن هذا شأن العقود اللازمة من الطرفين.

وأما كون الأجرة على من بدا له قبل تَقَضِّي المدة ؛ فلأن الإجارة عقد لازم يقتضي أن يملك المالك الأجرة ، والمستأجر المنافع ، وقد وجدت فوجب أن يلزم المستأجر الأجرة عملاً بمقتضاها.

وأما كون المالك لا أجرة له لما سكن المستأجر إذا حوّله قبل تَقَضِّي المدة على منصوص الإمام أحمد ؛ فلأنه لم يُسَلِّم إليه ما عقد عليه في الإجارة لغير عذر فلم يستحق شيئاً ؛ كما لو استأجره ليحمل له كتاباً إلى الكوفة فحمله بعض الطريق ، أو كما لو استأجر حفاراً ليحفر له بئراً طولها عشرون ذراعاً فحفر له منها عشرة وامتنع من حفر الباقي.

وأما كونه يحتمل أن له من الأجرة بقسطه ؛ فلأن المستأجر استوفى بعض المعقود عليه فلزمه بقدر ما استوفاه ؛ كما لو اشترى مكيلاً فسلم إليه البائع بعضه ومنع باقيه.

قال: (وإن هرب الأجير حتى انقضت المدة انفسخت الإجارة . وإن كانت على عمل خُيِّر المستأجر بين الفسخ والصبر).

أما كون الإجارة تنفسخ إذا هرب الأجير حتى انقضت المدة ؛ فلأن المعقود عليه يفوت بانقضائها . أشبه تلف العين.

وفي قول المصنف رحمه الله: حتى انقضت المدة دليل على أنها لا تنفسخ قبل انقضائها . وصرح به في المغني لأن المدة إذا لم تنقض لم يفت المعقود عليه.

وأما كون المستأجر يخير بين الفسخ والصبر إذا كانت الإجارة على عمل في الذمة ؛ فلأن ذلك عمل[1] في الذمة ليس له مدة يفوت بفواتها . أشبه الأجير قبل انقضاء مدة إجارته.

قال: (وإن هرب الجمّال وترك الجمال أنفق عليها الحاكم من مال الجمّال ، أو أذن للمستأجر في النفقة . فإذا انقضت الإجارة باعها الحاكم ، ووفى المنفق ، وحفظ باقي ثمنها لصاحبه).

أما كون الحاكم ينفق على ذلك ؛ فلأن نفقة الحيوان واجبة على المالك وهو غائب ، والحاكم نائب عن الغائب.

وأما كونه يأذن للمستأجر في النفقة ؛ فلأن إقامة أمين غير المستأجر يشق ويتعذر مباشرته في كل لحظة.

وأما كونه يبيع ذلك إذا انقضت الإجارة ويوفي المنفق ؛ فلأن في ذلك تخليصاً لذمة صاحب الجمال ، وإيفاءً لحق صاحب النفقة.

[وأما كونه][2] يحفظ باقي الثمن لصاحبه ؛ فلأن الحاكم يلزمه حفظ مال الغائب.

---

(١) في هـ: على عمل.

(٢) ساقط من هـ.

قال: (وتنفسخ الإجارة بتلف العين المعقود عليها، وموت الصبي المرتضع، وموت الراكب إذا لم يكن له من يقوم مقامه في استيفاء المنفعة، وانقلاع الضرس الذي اكترى لقلعه، أو برئه، ونحو هذا).

أما كون الإجارة تنفسخ بتلف العين المعقود عليها كمن اكترى بعيراً بعينه فمات؛ فلأن المنفعة زالت بالكلية فانفسخ العقد الواقع على عينه؛ كتلف المبيع قبل قبضه.

وأما كونها تنفسخ بموت الصبي المرتضع؛ فلأن استيفاء المعقود عليه قد تعذر لأنه لا يمكن إقامة غيره مقامه لاختلاف الصبيان في الرضاع واختلاف اللبن باختلافهم لأن المرضعة قد تدور على ولد دون آخر.

وأما كونها تنفسخ بموت الراكب إذا لم يكن له من يقوم مقامه في استيفاء المنفعة؛ فلأنه تعذر استيفاء المعقود عليه منه وممن يقوم مقامه. أشبه ما لو مات المركوب.

وفي قوله: إذا لم يكن له من يقوم مقامه دليل على أنها لا تنفسخ إذا كان له من يقوم مقامه لأن الاستيفاء لا يتعذر لوجود من يقوم مقامه.

فإن قيل: كيف الجمع بين قول المصنف: تنفسخ بموت الراكب، وبين قوله بعدُ: لا تنفسخ بموت المكتري؟

قيل: يجب حمل قوله: لا تنفسخ بموت المكتري على أنه مات وله وارث. وقد ذكر المصنف رحمه الله في المغني قول الخرقي: وإذا مات المكري والمكتري أو أحدهما فالإجارة بحالها وعلّله. ثم قال: ونقل عن الإمام أحمد في رجل اكترى بعيراً فمات في بعض الطريق فإن رجع البعير خالياً فعليه بقدر ما وجب له.

ثم قال: وظاهر هذه الرواية أنه حكم بفسخ العقد فيما بقي من المدة إذا مات المستأجر.

ثم قال: ويجب أن يقدر أنه لم يكن ثَم من ورثته من يقوم مقامه في الانتفاع لأن الوارث يقوم مقام الموروث فإذا لم يكن فقد جاء أمر يحجز المستأجر عن منفعة ما وقع عليه العقد. أشبه ما لو مات.

ثم قال: وتأولها القاضي بأن المكري منع الورثة من الانتفاع. ولا يصح؛ لأنه لو كان كذلك لما استحق شيئاً من الكري.

ثم قال: وتأولها القاضي بأن المكري منع الورثة من الانتفاع . ولا يصح ؛ لأنه لو كان كذلك لما استحق شيئاً من الكري.

وأما كونها تنفسخ بانقلاع الضرس أو برئه الذي اكترى لقلعه فلتعذر استيفاء المعقود عليه : أما تعذره بالانقلاع فأمر محس ، وأما تعذره بالبرء فأمر شرعي لأنه لا يجوز قلع الضرس إلا لعارض الألم فإذا زال العارض تعذر قلعه شرعاً.

وأما قوله: ونحو هذا فيدخل فيه ما إذا اكترى كحالاً ليكحل عينه فبرئت أو طبيباً ليداويه فبرأ فإن ذلك كله تنفسخ به الإجارة لتعذر استيفاء المعقود عليه.

قال: (وإن اكترى داراً فانهدمت أو أرضاً للزرع[1] فانقطع ماؤها انفسخت الإجارة فيما بقي من المدة في أحد الوجهين ، وفي الآخر يثبت للمستأجر خيار الفسخ).

أما كون الإجارة تنفسخ فيما بقي من المدة في وجه ؛ فلأن المقصود السكنى والزرع ولا يمكن استيفاء ذلك بعد الانهدام وانقطاع الماء.

وأما كونها لا تنفسخ في وجه ؛ فلأن المنفعة لم تنعدم بالكلية لإمكان الانتفاع بها في الجملة.

فعلى هذا يثبت للمستأجر خيار الفسخ لنقصان المنفعة المستأجرة.

قال: (ولا تنفسخ بموت المكري والمكتري ، ولا بعذر لأحدهما ؛ مثل: أن يكتري للحج فتضيع نفقته ، أو دكاناً فيحترق متاعه).

أما كون الإجارة لا تنفسخ بموت أحد المتعاقدين ؛ فلأنها عقد لازم فلا تنفسخ بموت من ذكر ؛ كالبيع ، وكما لو زوج أمته ثم مات.

وأما كونها لا تنفسخ بعذر لأحدهما ؛ فلأنها إذا لم تنفسخ بالموت فلأن لا تنفسخ بالعذر بطريق الأولى.

---

(١) ساقط من هـ.

قال: (وإن غصبت العين المستأجرة خُيِّر المستأجر بين الفسخ ومطالبة الغاصب بأجرة المثل فإن فسخ فعليه أجرة ما مضى.

قال الخرقي: وإن جاء أمر غالب يحجر المستأجر عن منفعة ما وقع عليه العقد فعليه من الأجرة بقدر مدة انتفاعه).

أما كون المستـــأجر يخير بين الفسخ ومطالبة الغاصب بأجرة المثل ؛ فلأن في عدم ثبوت الخيار تأخيراً لحقه.

ولأن تعذر الانتفاع بذلك من غير جهته عيب في المعقود عليه فملك الخيرة به ؛ كالعيب في المبيع . وإنما لم ينفسخ العقد بمجرد الغصب ؛ لأن المعقود عليه لم يفت مطلقاً بل فات إلى بدل . أشبه ما لو أتلف الثمرة المعيبة آدمي قبل قبضها.

وقال المصنف رحمه الله في المغني : يتخرج انفساخها بناء على أن منافع الغصب لا تضمن على رواية.

وأما كونه عليه أجرة ما مضى إذا فسخ ؛ فلأنه استوفى ما يقابل بالعوض فلزمه أجرته.

وأما قول المصنف: قال الخرقي ... إلى آخره ففيه[1] تأكيد لوجوب الأجرة فيما مضى ، وبيان أن الخرقي قال ذلك . وفسر في المغني قول الخرقي هذا ، ولم يجعله من صورة[2] ما إذا غصبت العين المستأجرة . والصحيح اشتماله عليه ؛ لأن الغصب أمر غالب يحجز المستأجر عن[3] منفعة ما وقع عليه العقد . ولهذا ذكره المصنف رحمه الله هنا.

قال: (ومن استؤجر لعمل شيء فمرض أقيم مقامه من يعمله والأجرة عليه).

أما كون المريض يقيم مقامه من يعمل ما استؤجر عليه ؛ فلأنه حق وجب في ذمته فوجب عليه إيفاؤه ولو بغيره كالمسلَم فيه.

---

(١) ساقط من هـ.

(٢) في هـ: صور.

(٣) في هـ: من.

ولأنه لا يجب على المستأجر إنظاره لأن العقد بإطلاقه يقتضي التعجيل.

ولأن في التأخير إضراراً به.

وأما كون الأجرة عليه ؛ فلأن العمل عليه فكان عوضه عليه.

قال: (وإن وجد العين معيبة أو حدث بها عيب فله الفسخ وعليه أجرة ما مضى).

أما كون المستأجر له الفسخ بما ذكر ؛ فلأنه عيب في المستأجر فأثبت الخيار كالعيب في بيوع الأعيان.

وأما كون أجرة ما مضى عليه ؛ فلأنها تلزمه إذا فسخ لما تقدم في فسخ المغصوب وقد وجد.

قال: (ويجوز بيع العين المستأجرة ولا تنفسخ الإجارة إلا أن يشتريها المستأجر فتنفسخ على إحدى الروايتين).

أما كون بيع العين المستأجرة يجوز ؛ فلأن الإجارة عقد على المنافع فلم يمنع جواز البيع ؛ كما لو زوج أمته ثم باعها.

وأما كون الإجارة لا تنفسخ إذا اشترى العين المستأجرة غير المستأجر ؛ فلأن عقد الإجارة سابقٌ على عقد البيع ، واللاحق لا يوجب فسخ السابق ؛ كما لو زوج أمته ثم باعها.

وأما كونها لا تنفسخ إذا اشتراها المستأجر على رواية ؛ فلأنه ملك المنفعة بعقد ثم ملك الرقبة المسلوبة المنفعة [بعقد آخر][1] فلم يتنافيا ؛ كما لو ملك الثمرة بعقد ثم ملك الأصل بعقد آخر.

وأما كونه ينفسخ فيما بقي من المدة على رواية ؛ فلأن ملك الرقبة لما منع ابتداء الإجارة منع استدامتها كالنكاح لما منع ابتداء ملك اليمين منع استدامته . وذكر المصنف هاتين الروايتين في المغني وجهين.

---

(١) ساقط من هـ.

فصل [في ضمان الأجير]

قال المصنف رحمه الله: (ولا ضمان على الأجير الخاص -وهو: الذي يسلم نفسه إلى المستأجر- فيما يتلف في يده إلا أن يتعدى. ويضمن الأجير المشترك ما جنت يده من تخريق الثوب وغلطه في تفصيله. ولا ضمان عليه فيما تلف من حرزه أو بغير فعله، ولا أجرة له فيما عمل فيه. وعنه: يضمن).

أما كون الأجير الخاص لا ضمان عليه فيما يَتلف في يده مع عدم التعدي منه فيما عمله؛ كرجل اكترى آخر ليسقي له ماء فانكسرت الجرة، أو ليكيل له فسقط من يده الكيل فانكسر، ونحو ذلك؛ فلأنه غير متعد. أشبه تلف الوديعة.

وأما كون الضمان عليه مع التعدي؛ مثل: أن يتعمد كسر الجرة، أو يكون خبازاً فيسرف في الوقود، أو يلزقه قبل وقته، أو يتركه أكثر من وقته حتى يحترق؛ فلأنه متعد. أشبه الغاصب.

وأما كون الأجير المشترك يضمن ما جنت يده من تخريق الثوب، وغلطه في تفصيله؛ فلما روي عن جعفر بن محمد عن أبيه عن علي «أنه كان يُضَمِّنُ الصباغ[1] والصواغ. وقال: لا يُصلح الناسَ إلا ذلك»[2].

ولأن الأجير المشترك عمله مضمون عليه دليله أنه لا يستحق الأجرة إلا بعمله فما تولد منه يجب أن يكون مضموناً؛ كالجناية على عضوٍ ظلماً.

ولأنه قبض العين لمنفعته فكان ضامناً لها؛ كالمستعير.

وأما كونه لا ضمان عليه فيما تلف من حرزه أو بغير فعله على المذهب؛ فلأن العين في يده أمانة. أشبه المودع.

---

(١) في ج: الصناع.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦: ١٢٢ كتاب الإجارة، باب ما جاء في تضمين الأجراء.

وأما كونه يضمن ذلك على رواية ؛ فلما تقدم من حديث علي.

وأما كونه لا أجرة له فيما عمله ؛ فلأن الأجرة لما يعمله الأجير المشترك لا يستحق إلا بالتسليم ، وقد فات هنا فيفوت ما هو مرتب عليه.

قال: (ولا ضمان على حجام ، ولا ختان ، ولا بزاغ ، ولا طبيب : إذا عرف منهم حذق ، ولم تجن أيديهم . ولا ضمان على الراعي إذا لم يتعد)[1].

أما كون الحجام والختان والبزاغ وهو البيطار والطبيب لا ضمان عليهم مع معرفة الحذق منهم وعدم جناية أيديهم ؛ فلأنهم فعلوا فعلاً مأذوناً لهم فيه فلم يضمنوا سراية ذلك ؛ كقطع الإمام يد السارق.

وأما كونهم عليهم الضمان مع عدم معرفة الحذق منهم ؛ فلأنهم إذا لم يكن فيهم حذق لم يحل لهم مباشرة القطع ولا التداوي لما فيه من الخطر المؤدي إلى التلف وذلك لا يقتضي نفي الضمان بل وجوبه.

وأما كونهم عليهم الضمان إذا جنت أيديهم ؛ كختّان تجاوز القطع من الختان إلى الحشفة ، وطبيب قطع سَلَعَةً فتجاوزها ، أو قطع بآلة كالّة يكثر ألمها ، ونحو ذلك ؛ فلأن الإتلاف لا يختلف ضمانه بالعمد[2] والخطأ.

ولأن هذا فعل محرم فيضمن كالقطع ابتداء.

وأما كون الراعي لا ضمان عليه إذا لم يتعد ؛ فلأنه أجير خاص وقد تقدم أن الأجير الخاص لا ضمان عليه.

قال: (وإذا حبس الصانع الثوب على أجرته فتلف ضمنه . وإن أتلف الثوب بعد عمله خُيِّر مالكه بين تضمينه إياه غير معمول ولا أجرة له وبين تضمينه إياه معمولاً ويدفع إليه أجرته).

أما كون الصانع يضمن الثوب إذا حبسه على أجرته فتلف ؛ فلأنه ليس له حق حبسه لأنه لم يرهنه عنده فوجب عليه ضمانه كالغاصب.

---

(١) في هـ: لم يتعدى.

(٢) في هـ: العمل.

وأما كون مالك الثوب يخيّر بين ما ذكر ؛ فلأن الجناية على ماله فكانت الخيرة له لا لغيره.

وأما كونه لا أجرة له إذا ضمّنه إياه غير معمول ؛ فلأن الأجرة إنما تجب بالتسليم ولم يوجد.

وأما كونه يدفع الأجرة إليه إذا ضمّنه معمولاً ؛ فلأنه لو لم يدفع إليه الأجرة لاجتمع على الأجير فوات الأجرة وضمان ما يقابلها.

ولأن المالك إذا ضمّنه ذلك معمولاً يكون في معنى تسليم ذلك معمولاً فيجب أن يدفع إليه الأجرة لحصول التسليم الحكمي.

قال: (وإذا ضرب المستأجر الدابة بقدر العادة ، أو كبحها ، أو الرائض الدابة لم يضمن ما تلف به. وإن قال: أذنت لي في تفصيله قباء قال: بل قميصاً فالقول قول الخياط . نص عليه).

أما كون المستأجر والرائض لا يضمنا ما ذكر ؛ فلأن ذلك تلف من فعل مستحق فلم يضمناه ؛ كما لو تلف تحت الحمل . ودليل استحقاق الضرب «أن رسول الله ﷺ ضرب جمل جابر حين ساقه»[1].

ولأنه لا يمكنه استيفاء المنفعة إلا به.

وأما تقييد المصنف رحمه الله عدم الضمان بقدر العادة فدليل على أنه يجب عليه الضمان عند عدم ذلك . وصرح به في الكافي فقال: وإن تلفت بعدوان كضربها من غير حاجة أو لإسرافه فيه ضمن لأنه جناية على ملك الغير فوجب الضمان كالغاصب.

وأما كون القول قول الخياط فيما إذا قال: أذنتَ لي في تفصيله قباء قال: بل قميصاً على المنصوص ؛ فلأنهما اتفقا على الإذن واختلفا في صفته فكان القول قول الخياط كالمضارب إذا ادعى الإذن في النسأ.

ولأنهما اتفقا على ملك الخياط القطع ، والظاهر أنه فعل ما ملكه ، واختلفا في لزوم الغرم له ، والأصل عدمه.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٧٠٦) ٣: ١٠٥٠ كتاب الجهاد، باب من ضرب دابة غيره في الغزو.

فصل

قال المصنف رحمه الله: (وتجب الأجرة بنفس العقد إلا أن يتفقا على تأخيرها . ولا يجب تسليم أجرة العمل في الذمة حتى يتسلمه).

أما كون الأجرة تجب بنفس العقد إذا كانت الإجارة على عين كذا أو أرض ونحوهما ولم يتفقا على تأخيرها ؛ فلأن الأجرة عوض أطلق ذكره في عقد معاوضة فيجب بمطلق العقد كالثمن ، أو يقال: عوض في عقد يتعجل بالشرط فوجب أن يتعجل بمطلق العقد كالثمن .

فإن قيل: فقد قال الله تعالى: ﴿فإن أرضعن لكم فآتوهن﴾ [الطلاق:٦] أمر بالإيتاء بعد الرضاع.

وقال رسول الله ﷺ: «يقول الله عز وجل: ثلاثةٌ أنا خَصمهمْ يومَ القيامة : رجلٌ استأجرَ أَجيراً فاستوفَى منهُ ولم يوفّه أجرَه»[1] . تَوَعّده على الامتناع من دفع الأجرة بعد العمل فدل على تعقب الوجوب له.

وروي عنه عليه السلام: «أعطوا الأجيرَ أجرَهُ قبلَ أن يجِفَّ عَرَقُه»[2] رواه ابن ماجة.

قيل: الآية يحتمل أنه أراد الإيتاء عند الشروع في الإرضاع أو تسليم نفسها له ؛ كما قال: ﴿فإذا قرأت القرآن فاستعذ﴾ [النحل:٩٨] أي إذا أردت القراءة . ولو قدر أنه أراد بعد الفراغ فالأمر بالإيتاء في وقت لا يمنع وجوبه قبله . دليله ﴿فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن﴾ [النساء:٢٤] والصداق يجب قبل الاستمتاع . وهذا هو الجواب عن

---

(١) سبق تخريجه ص: ٧٤٥.

(٢) أخرجه ابن ماجة في سننه (٢٤٤٣) ٢: ٨١٧ كتاب الرهون، باب أجر الأجراء. قال في الزوائد: أصله في صحيح البخاري وغيره، من حديث أبي هريرة لكن إسناد المصنف ضعيف. وهب بن سعيد وعبدالرحمن بن زيد ضعيفان.

الحديث. ثم يحتمل أنه توعده على ترك الإيفاء في الوقت الذي يتوجه المطالبة فيه عادة . ويمكن أن يحمل على الإجارة في الذمة . وسيأتي ذلك إن شاء الله تعالى.

وأما كون الأجرة لا تجب بنفس العقد إذا اتفقا على تأخيرها فكما لو اتفقا على تأخير الثمن في البيع.

وأما كون تسليم أجرة العمل في الذمة لا يجب قبل تسليمه ؛ فلما تقدم من الآية والخبر.

ولأنه عقد على ما في الذمة فلم يستقر عوضه قبل فعله.

قال: (وإذا انقضت الإجارة وفي الأرض غراس أو بناء لم يشترط قلعه عند انقضائها خُيِّر المالك بين أخذه بالقيمة أو تركه بالأجرة أو قلعه وضمان نقصه . وإن شرط قلعه لزم ذلك ولم يجب تسوية الأرض إلا بشرط).

أما كون المالك يخير بين الأخذ بالقيمة وبين الترك بالأجرة وبين القلع وضمان النقص مع عدم اشتراط القلع عند انقضاء الإجارة ؛ فلأنه لو لم يجز لأدى إلى ضرره.

ولأنه في الأخذ بأحد الأمور جمعاً بين حقي الآجر والمستأجر.

فإن قيل: هلا ملكَ القلع من غير ضمان النقص؟

قيل: لأن مفهوم قوله عليه السلام: «ليس لعرق ظالم حق »[1] يدل على أن ما ليس بظالم له حق ، وهذا ليس بظالم.

ولأنه غرس بإذن المالك فلم يجبر على القلع من غير ضمان النقص كما لو استعار منه أرضاً للغراس مدة فرجع قبل انقضائها.

وأما كونه يلزمه القلع مع الشرط فلما فيه من الوفاء بموجب الشرط.

وأما كون تسوية الأرض تجب مع عدم الشرط ؛ فلأنهما دخلا على ذلك لرضاهما بالقلع.

وأما كونها تجب مع الشرط ؛ فلما تقدم من الوفاء بموجب الشرط.

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٠٧٣) ٣: ١٧٨ كتاب الخراج والإمارة والفيء، باب في إحياء الموات.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٣٧٨) ٣: ٦٦٢ كتاب الأحكام، باب ما ذكر في إحياء أرض الموات.
قال الترمذي: حديث حسن غريب.

قال: (وإن كان فيها زرع، بقاؤه بتفريط المستأجر فللمالك أخذه بالقيمة وتركه بالأجرة . وإن كان بغير تفريط لزم تركه بالأجرة).

أما كون المالك له أخذ ذلك بالقيمة وتركه بالأجرة مع تفريط المستأجر في بقائه ؛ فلأن المستأجر حينئذ بمنزلة الغاصب لإبقائه زرعه في أرض غيره بغير حق. والمعني بالتفريط أن يزرع زرعاً لم تجر العادة بكماله قبل انقضاء المدة.

وأما كونه يلزمه تركه بالأجرة مع عدم تفريط المستأجر في بقائه ؛ فلأن الزرع حصل في أرض المالك بإذنه فلزمه تركه بأجرة مثله ؛ كما لو أعاره إياها وأذن له في الزرع ثم رجع المالك قبل كمال الزرع. والمعني بعدم التفريط أن يزرع زرعاً ينتهي مدته عند آخر المدة ثم يتأخر ذلك بسبب برد أو غيره.

فإن قيل: فما الفرق بين الزرع والغرس؟

قيل: سيذكر في باب الغصب إن شاء الله تعالى.

قال: (وإذا تسلم العين في الإجارة الفاسدة حتى انقضت المدة فعليه أجرة المثل سكن أو لم يسكن . وإذا اكترى بدراهم وأعطاه عنها دنانير ثم انفسخ العقد رجع المستأجر بالدراهم).

أما كون من تسلم ما ذكر حتى انقضت المدة عليه الأجرة إذا سكن ؛ فلأن المعوض قد استوفاه فوجب أن يجب عليه عوضه.

وأما كونه عليه ذلك إذا لم يسكن ؛ فلأن الإجارة كالبيع والمنفعة كالعين والبيع الفاسد كالصحيح في استقرار البدل . فكذلك الإجارة.

وعن الإمام أحمد لا شيء عليه إذا لم يسكن . ذكره المصنف في المغني لأن الإجارة هنا عقد فاسد على منفعة لم يستوفها فلم يلزمه عوضها كالنكاح الفاسد.

وأما كون الواجب أجرة المثل حيث تجب الأجرة ؛ فلأن ما ضُمن بالمسمى[1] في العقد الصحيح ضمن بالقيمة في الفاسد كالأعيان.

---

(١) في هـ: المسمى.

وأما كون المستأجر يرجع بالدراهم[1] إذا اكترى بدراهم وأعطى المؤجر عنها دنانير ثم انفسخ العقد ؛ فلأن الدراهم التي وقع عليها العقد ، والمستحق عند الفسخ مثل الأجرة ، وأما الدنانير فإنما أخذت بعقد صرف مستأنف.

(١) ساقط من هـ .

باب السبق

قال المصنف رحمه الله: (تجوز المسابقة على الدوابّ، والأقدام، وسائر الحيوانات، والسفن، والمزاريق، وغيرها).

أما كون المسابقة على الدواب تجوز ؛ فبالسنة والإجماع : أما السنة ؛ فما روى ابن عمر «أن النبي ﷺ سابقَ بين الخيلِ المضمرة من الحفياءِ إلى ثَنيةِ الوداعِ ، وبين التي لم تُضمّر من ثنيةِ الوداعِ إلى مسجدِ بني زريق »[1]. متفق عليه.

قال موسى بن عقبة: من الحفياء إلى ثنية الوداع ستة أميال أو سبعة.

وقال سفيان: من الثنية إلى مسجد بني زريق ميل.

وأما الإجماع فأجمعت الأمة في الجملة على جواز المسابقة.

وأما كونها على الأقدام تجوز ؛ فلما روي عنه عليه السلام «أنه كانَ في سفرٍ معه عائشة فسابقَها على رجلها فَسبقتهُ . قالت: فلما حملتُ اللحمَ سابقْتُهُ فسبقني . فقال: هذه بتلك »[2]. رواه أبو داود.

وأما كونها في باقي الصور تجوز ؛ فبالقياس على المنصوص.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٧١٥) ٣: ١٠٥٣ كتاب الجهاد والسير، باب غاية السبق للخيل المضمرة.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٨٧٠) ٣: ١٤٩٢ كتاب الإمارة، باب المسابقة بين الخيل وتضميرها.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٢٥٧٨) ٣: ٢٩ كتاب الجهاد، باب في السبق على الرجل.
وأخرجه أحمد في مسنده (٢٤١٦٤) ٦: ٣٩.

قال: (ولا تجوز بعوض إلا في الخيل والإبل والسهام بشروط خمسة:

أحدها: تعيين المركوب والرماة . سواء كانا اثنين أو جماعتين . ولا يشترط تعين الراكبين ولا القوسين).

أما كون المسابقة بعوض لا تجوز إلا فيما ذكر ؛ فلما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال: « لا سَبَقَ إلا في نصْلٍ أو خُفٍ أو حَافِرٍ »[1]. رواه أبو داود.

ولأن المعنى يقتضي اختصاص ذلك بالعوض لأنه من آلات الحرب[2] المأمور بتعلمها وإحكامها قال الله تعالى: ﴿وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم﴾ [الأنفال:٦٠].

وقال النبي ﷺ: « ألا! إن القوة الرمي ، ألا! إن القوة الرمي »[3].

وأما كون ما ذكر لا يجوز إلا بشروط خمسة ؛ فلما يأتي ذكره في مواضعها.

وأما كون تعيين المركوب والرماة أحد الشروط المذكورة ؛ فلأن الغرض معرفة الحذق في ذلك ، ولا يحصل ذلك مع الإبهام.

وأما كون ذلك كذا سواء كانا اثنين أو جماعتين فلاشتراك الصورتين في المعنى.

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢٥٧٤) ٣: ٢٩ كتاب الجهاد، باب في السبق.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٧٠٠) ٤: ٢٠٥ كتاب الجهاد، باب ما جاء في الرهان والسبق. قال الترمذي: حديث حسن.
وأخرجه النسائي في سننه (٣٥٨٩) ٦: ٢٢٧ كتاب الخيل، باب السبق.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٨٧٨) ٢: ٩٦٠ كتاب الجهاد، باب السبق والرهان. قلت: و لم يذكر ابن ماجة « أو نصل » وإسناده حسن.
وأخرجه أحمد في مسنده (١٠١٤٢) ٢: ٤٧٤.

(٢) ساقط من هـ.

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه (١٩١٧) ٣: ١٥٢٢ كتاب الإمارة، باب فضل الرمي والحث عليه...
وأخرجه أبو داود في سننه (٢٥١٤) ٣: ١٣ كتاب الجهاد، باب في الرمي.
وأخرجه الترمذي في جامعه (٣٠٨٣) ٥: ٢٧٠ كتاب تفسير القرآن، باب ومن سورة الأنفال.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٨١٣) ٢: ٩٤٠ كتاب الجهاد، باب الرمي في سبيل الله.

وأما كونه لا يشترط تعيين الراكبين والقوسين ؛ فلأن الغرض معرفة حذق الفرس والرامي ، لا معرفة الراكب والقوس لأنهما آلة المقصود ، فلم يعتبر معرفتها ؛ كسرج الدابة.

قال: (الثاني: أن يكون المركوبان والقوسان من نوع واحد . فلا يجوز بين عربي وهجين ، ولا قوس عربي وفارسي . ويحتمل الجواز).

أما كون الثاني من الشروط المذكورة: أن يكون المركوبان والقوسان من نوع واحد ؛ فلأن النوعين يتفاوتان عادة فلم تصح المسابقة عليهما ؛ كالمسابقة على بعير وفرس.

وأما كونه يحتمل الجواز ؛ فلأنه قد يسبق كل واحد منهما الآخر ، والتفاوت بينهما قريب لاتفاق الجنس . وذكر المصنف هذا الاحتمال للقاضي.

قال: (الثالث: تحديد المسافة والغاية ومدى الرمي بما جرت به العادة).

أما كون الثالث من الشروط: تحديد المسافة والغاية ومدى الرمي ؛ فلأن الغرض معرفة الأسبق ، ولا يحصل إلا بذلك.

ولأن أحدهما قد يكون مقصراً في أول عدوه سريعاً في انتهائه وبعكس ذلك ، فلا بد من ضبط ذلك بما ذكر ليحصل العلم بالمقصود.

وأما كون التحديد المذكور بما جرت به العادة ؛ فلأن الزائد على ذلك قد يؤدي إلى عدم العلم بالسابق لبعد المسافة.

قال: (الرابع: كون العوض معلوماً).

أما كون الرابع من الشروط المذكورة: أن يكون العوض معلوماً ؛ فلأنه مال في عقد فاشترط العلم به ؛ كسائر العقود.

وأما ما يحصل العلم به : فبالمشاهدة ، وبالقدر ، وبالصفة لأن ذلك محصل للعلم بثمن المبيع فكذا هاهنا.

قال: (الخامس: الخروج عن شبه القمار ؛ بأن لا يخرج جميعهم . فإن كان الجُعل من الإمام ، أو أحدٍ غيرهما ، أو من أحدهما على أن من سبق أخذه جاز . فإن جاءا معاً

فلا شيء لهما . وإن سبق المخرج أحرز سبقه ولم يأخذ من الآخر شيئاً . وإن سبق الآخر أحرز سبق صاحبه).

أما كون الخامس من الشروط المذكورة: الخروج عن شبه القمار ؛ فلأن القمار محرم وشبه القمار مثله ، ولذلك قال النبي ﷺ: «منْ أدخلَ فَرساً بين فَرسينِ وقدَ أمنَ أن يَسبقَ فهوَ قِمَار »[1].

وأما كون الخروج عن شبه القمار بأن لا يخرج جميعهم ؛ فلأن الجميع إذا لم يخرجوا بقي من لم يخرج سالماً من الغرم ، والمقامر لا يخلو منه أو من الغنم.

وأما كون الجعل يجوز من الإمام ؛ فلأن في ذلك حثاً على إحكام الرمي ، وفي ذلك مصلحة للمسلمين.

وأما كونه يجوز من أحدٍ غيرهما ؛ فلأنه بدل مال في مصلحة المسلمين ، وفيه تحصيل مقصود الرمي لما ذكر قبلُ فصح كونه من غيرهما كما لو كان من أحدهما.

وأما كونه يجوز من أحدهما ؛ فلأنه إذا جاز كونه من غيرهما ؛ فلأن يجوز من أحدهما بطريق الأولى.

وأما قول المصنف رحمه الله: على أن من سبق أخذه فمتعلق بالجعل من الإمام ، أو أحد غيرهما ، أو من أحدهما ، وبيان لصفة الجُعْل ، وتنبيه على أن الجُعل لو جعل منهما جميعاً لم يجز.

وأما كونه لا شيء لهما إذا جاءا معاً ؛ فلأنه لا سابق فيهما.

وأما كون المخرج يحرز سبق نفسه إذا سبق ؛ فلأن صاحبه لم يسبق فلم يستحق شيئاً.

وأما كونه لا يأخذ من الآخر شيئاً ؛ فلأنه لم يشترط للسابق عليه شيئاً.

وأما كون الآخر يحرز سبق[2] صاحبه إذا سبقه ؛ فلأنه سبقه فملك المال الذي جعل عوضاً في العقد الصحيح كالعوض المجعول في رد الضالة والآبق.

---

(١) سيأتي تخريجه ص: ٧٩٠.

(٢) ساقط من هـ.

قال: (فإن أخرجا معاً لم يجز إلا أن يدخلا بينهما محللاً يكافئ فرسه فرسيهما أو بعيره بعيريهما[1] أو رميه رمييهما ، فإن سبقهما أحرز سبقهما وإن سبقاه أحرزا سبقيهما ولم يأخذا منه شيئاً ، وإن سبق أحدهما أحرز السبقين فإن سبق معه المحلل فسبق الآخر بينهما).

أما كون المسابقة لا تجوز إذا أخرج المتسابقان و لم يدخلا بينهما محللاً ؛ فلما تقدم من أنه لا يجوز كون الجعل من جميع المتسابقين.

وأما كونها تجوز إذا أدخلا بينهما محللاً ؛ فلأنه إدخاله يخرج الرمي عن شبه القمار لأنه لا يخرج مع المتسابقين فلم يوجد الإخراج من الجميع.

وأما قول المصنف رحمه الله: يكافئ فرسه فرسيهما أو بعيره بعيريهما أو رميه رمييهما فبيان لاشتراط المكافأ في المركوب والرمي والأصل فيها ما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال: «من أدخل فَرساً بين فَرسين وهو لا يؤمن أن يَسبقَ فليسَ بقمارٍ ، ومن أدخلَ فرساً بين فرسينِ وقدْ أمنَ أن يَسبقَ فهوَ قَمَار »[2] رواه أبو داود.

وأما كون المحلل إذا سبق يحرز سبقيهما ؛ فلأنه جعل لمن سبق وقد سبق.

وأما كون المخرجين إذا سبقاه يحرزان سبقيهما ؛ فلأن المحلل لم يسبقهما حتى يستحق سبقيهما.

وأما كونهما لا يأخذان منه شيئاً ؛ فلأنه لم يشرط عليه لمن سبقه شيئاً.

وأما كون إذا سبق يحرز السبقين ؛ فلأنهما قد جعلا لمن سبق وقد سبق.

وأما كون المحلل إذا سبق معه سبق الآخر بينهما ؛ فلأن ذلك مستحق بالسبق وقد اشتركا فيه فوجب أن يشتركا في عوضه.

---

(١) في هـ: بعيرهما.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٢٥٧٩) ٣: ٣٠ كتاب الجهاد، باب في المحلل.

وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٨٧٦) ٢: ٩٦٠ كتاب الجهاد، باب السبق والرهان.

قال: (وإن قال المخرج: من سبق فله عشرة ، ومن صلى فله كذا : لم يصح . وإن قال: ومن صلى فله خمسة صح).

أما كون المسابقة لا تصح إذا استوى بين السابق والمصلى وهو الثاني ؛ فلأنه ليس فيه تحريض على السبق ، فيفوت المقصود من العقد.

وأما كونها تصح إذا قال: ومن صلى فله خمسة ؛ فلأن كل واحد منهما يقصد أن يكون سابقاً ليحصل له أكثر العوضين .

ولا بد أن يُلحظ كونه لا ثالث معهما لأنهم إذا كانوا ثلاثة يجتهد كل واحد منهم أن لا يكون أخيراً فيفوت المقصود من العقد . ولذلك قيد كلام المصنف رحمه الله من أذن له في إصلاحه فقال: إذا كانا اثنين.

قال: (وإن شرطا أن السابق يطعم السبق أصحابه أو غيرهم لم يصح الشرط . وفي صحة المسابقة وجهان).

أما كون الشرط المذكور لا يصح ؛ فلأنه عوض عن عمل فلا يستحقه غير العامل ؛ كالعوض في رد الآبق.

وأما كون المسابقة تصح في وجه ؛ فلأن عقد المسابقة لا تقف صحته على تسمية بدل ، فلم يفسد بالشرط الفاسد ؛ كالنكاح.

وأما كونها لا تصح في وجه ؛ فلأنه بذل العوض لهذا الغرض فإذا لم يحصل له غرضه لم يلزمه العوض.

فعلى هذا إن كان المخرج السابق أحرز سبقه ، وإن كان الآخر فله أجرة عمله ؛ لأنه عمل عملاً بعوض لم يُسَلَّم له فاستحق أجرة المثل ؛ كالإجارة الفاسدة.

فصل [في أحكام المسابقة]

قال المصنف رحمه الله: (والمسابقةُ جُعالة لكل واحد منهما فسخها . إلا أن يظهر الفضل لأحدهما فيكون له الفسخ دون صاحبه . وتنفسخ بموت أحد المتعاقدين. وقيل : هي عقد لازم ليس لأحدهما فسخها . لكنها تنفسخ بموت أحد المركوبين ، وأحد الراميين . ولا تبطل بموت أحد الراكبين ، ولا تلف أحد القوسين).

أما كون المسابقة جُعالة . والمراد به : أنها من العقود الجائزة ؛ فلأنها عقد على ما لا يقدر على تسليمه فكان جائزاً ؛ كرد الآبق . بيان أنه لا يقدر على تسليمه أنه عقد على الإصابة وهي لا تدخل تحت قدرته.

وأما كونها عقدا لازماً على قولٍ ؛ فلأنها عقد من شرطه أن يكون العوض والمعوض معلومين ، فكان لازماً ؛ كالإجارة.

فعلى القول بالجواز لكل واحد منهما الفسخ إذا لم يظهر فضل ؛ لأن ذلك شأن كل عقد جائز ، وإن ظهر لأحدهما فضل ؛ مثل : أن يسبقه بفرسه في بعض المسافة ، أو يصيب بسهامه أكثر منه : كان لمن ظهر له الفضل الفسخ ؛ لأن الحق له و لم يكن للآخر الفسخ لأنه لو جاز ذلك لفات[1] غرض المسابقة ؛ لأنه متى بان له سبق صاحبه له فسخها وترك المسابقة فلا يحصل المقصود ، وتنفسخ بموت أحد المتعاقدين كالوكالة والمضاربة وسائر العقود الجائزة . وعلى القول باللزوم ليس لأحدهما الفسخ لأن هذا شأن كل عقد لازم ، ولا تنفسخ بموت أحد الراكبين ، ولا تلف أحد القوسين لأنه لم يتلف المعقود عليه.

---

(١) في هـــ : لفوات.

قال: (ويقوم وارث الميت مقامه . فإن لم يكن له وارث أقام الحاكم مقامه من تركته).

أما كون وارث الميت يقوم مقام الموروث هنا ؛ فلأنه يقوم مقامه فيما له فكذا فيما عليه.

وأما كون الحاكم يقيم مقامه إذا لم يكن له وارث ؛ فلأن الموروث لزمه فعل ذلك فوجب أن يقيم الحاكم مقامه بعد موته ؛ كالإجارة.

قال: (والسبق في الخيل بالرؤوس[1] إذا تماثلت الأعناق ، وفي مختلفي العنق والإبل بالكتف).

أما كون السبق بالرؤوس في الخيل المتساوية الأعناق ؛ فلأن السبق يعلم به.

وأما كون السبق بالكتف في مختلفي العنق ؛ فلأن العلم بالسبق في المختلف لا يحصل إلا بمساحة قدر الزائد ، وفي ذلك حرج ومشقة.

وأما كونه في الإبل بذلك ؛ فلأن منها ما يرفع عنقه ومنها ما يمده فربما كان الرافع لرأسه سابقاً ويسبقه الآخر برأسه لمده إياه.

قال: (ولا يجوز أن يجنب أحدهما مع فرسه فرساً يحرضه على العدو . ولا يصيح به في وقت سباقه ؛ لقول رسول الله ﷺ: «لا جَلَبَ ولا جَنَبَ»[2]).

أما كون أحد المتسابقين لا يجوز أن يجنب فرساً يحرض فرسه على العدو ولا أن يصيح به في وقت سباقه ؛ فلما ذكر المصنف من الحديث.

وأما معنى: لا جَلَبَ ولا جَنَبَ فما ذكره . وقد فسره قوم بغير ذلك وليس بصحيح ؛ لأنه جاء مفسراً بحديث عمران بن حصين عن النبي ﷺ قال: «لا جَلَبَ ولا جَنَبَ في الرهانِ »[3].

---

(١) في ج: بالرأس.

(٢) أخرجه الترمذي في جامعه (١١٢٣) ٣: ٤٣١ كتاب النكاح، باب ما جاء في النهي عن نكاح الشغار.
وأخرجه النسائي في سننه (٣٣٣٦) ٦: ١١١ كتاب النكاح، باب الشغار.
قال الترمذي: حديث حسن صحيح.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٢٥٨١) ٣: ٣٠ كتاب الجهاد، باب في الجلب على الخيل في السباق.

ويروى عن ابن عباس عن النبي ﷺ أنه[1] قال: «من أجلبَ على الخيلِ يومَ الرهانِ فليسَ منَا»[2].

(١) ساقط من هـ.
(٢) أخرجه الطبراني في الكبير (١١٣١٨) ١١: ١٤٧.

فصل في المناضلة

المناضلة : المسابقة بالسهام . ويقال: نضال وكلاهما مصدر ناضل. يقال: ناضله نضالاً ومناضلة ؛ مثل: قاتله قتالاً ومقاتلة .

والأصل في ذلك الكتاب والسنة : أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿قالوا يا أبانا إنا ذهبنا نستبق وتركنا يوسف عند متاعنا﴾ [يوسف:١٧] قيل معناه: يسابق بعضنا بعضاً في الرمي ، ويعضده قراءة من قرأ: ننتضل.

وأما السنة فما روي عن النبي ﷺ «أنه خرجَ على أصحاب له يَنتضِلونَ . فقال: ارمُوا وأنا مع ابن الأدرع . فأمسكَ الآخرون وقالوا: يا رسولَ اللهِ ! كيفَ نرمِي وأنتَ معَ ابنِ الأدرع ؟ فقال: ارمُوا وأنا مَعكمْ كلكُم »[١] متفق عليه.

وعنه عليه السلام أنه قال: «إن الملائكةَ لا تحضرُ من لَهوِكمْ إلا الرهان والنضال »[٢].

قال الأزهري: الرهان في الخيل ، والنضال في الرمي ، والسباق فيهما.

قال المصنف رحمه الله: (ويشترط لها شروط أربعة:

أحدها: أن تكون على من يحسن الرمي . فإن كان في أحد الحزبين من لا يحسنه بطل العقد فيه ، وأخرج من الحزب الآخر مثله . ولهم الفسخ إن أحبوا).

أما كون المناضلة يشترط لها شروط أربعة ؛ فلما يأتي ذكره فيها.

وأما كون أحد الشروط المذكورة: أن تكون على من يحسن الرمي ؛ فلأن من لا يحسن الرمي وجوده كعدمه.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٧٤٣) ٣: ١٠٦٢ كتاب الجهاد والسير، باب التحريض على الرمي. ولم أره في مسلم.

(٢) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (٢٤٥٣) ٢: ١٧٢ كتاب الجهاد، باب ما جاء في الرمي وفضله.

ولأن الغرض معرفة الحذق ، ومن لا يحسن الرمي لا حذق له ، ولا يحصل لمن غلبه ميزة.

وأما كون العقد يبطل فيمن لا يحسن الرمي ؛ فلما تقدم من اشتراط كونه ممن يحسن.

وقوله: فيه مشعر بأن البطلان مختص بمن لا يحسن ، فأما من يحسن فالعقد باق[1] في حقه ؛ لأن المفسد موجود فيمن لا يحسن دون غيره فوجب أن يختص البطلان به وذكر المصنف في المغني في بطلان العقد في حق من يحسن وجهين بناء على تفريق الصفقة.

وأما كونه يخرج مثل من لا يحسن من الحزب الآخر مع القول ببقاء الصحة فيمن يحسن ؛ فلأن البيع إذا بطل في البعض بطل فيما يقابله من الثمن فكذا هاهنا.

وأما كون الحزبين لهم الفسخ إن أحبوا ؛ فلأن الصفقة تفرقت عليهم.

قال: (الثاني: معرفة عدد الرشق وعدد الإصابة).

أما كون الثاني من الشروط المذكورة: معرفة عدد الرشق وعدد الإصابة ؛ فلأن الغرض معرفة الحذق ، ولا يحصل إلا بذلك.

وأما معنى معرفة عدد الرشق فأن تكون عشرين رمية أو ما أشبه ذلك.

وأما معنى معرفة الإصابة فأن تكون الإصابات خمساً من العشرين أو أربعاً أو ما أشبه ذلك.

قال: (الثالث: معرفة الرمي هل هو مفاضلة أو مبادرة ؟ فالمبادرة أن يقولا: من سبق إلى خمس إصابات من عشرين رمية فقد سبق فأيهما سبق إليها مع تساويهما في الرمي فهو السابق . ولا يلزم إتمام الرمي . والمفاضلة أن يقولا: أينا فضل صاحبه بخمس إصابات من عشرين رمية سبق . فأيهما فضل بذلك فهو السابق).

أما كون الثالث من الشروط المذكورة معرفة الرمي هل هو مفاضلة أو مبادرة ؛ فلأن غرض الرماة يختلف : فمنهم من إصابته في الابتداء أكثر منها[2] في الانتهاء ، ومنهم

(١) في هـ: باقي.

(٢) في هـ: منهما.

من هو بالعكس . فوجب اشتراط ذلك لِيَعْلَم ما دخل فيه . وذكر المصنف في المغني عن القاضي أنه لا يشترط ذلك لأن مقتضى النضال أن من بادر إلى الإصابة فقد سبق.

وأما معنى المفاضلة والمبادرة فكما ذكر المصنف .

وللمناضلة صورة ثالثة ذكرها أبو الخطاب والمصنف في المغني واسمها محاطة . ومعناها: أن يشترطا حطّ ما يتساويان فيه من الإصابة في رشق معلوم فإذا فضل أحدهما بإصابة معلومة فقد سبق صاحبه . وصورها مثلاً: أن يجعلا الرشق عشرين ويشترط حط ما يتساويان فيه فإذا فضل أحدهما بثلاثة أو أربعة أو ما أشبه ذلك فقد نضل صاحبه.

قال: (وإذا أطلقا الإصابة تناولها على أي صفة كانت . وإن قالا: خواصل كان تأكيداً لأنه اسم لها كيف ما كانت . وإن قالا: خواسق وهو ما خرق الغرض وثبت فيه ، أو خوارق وهو : ما خرقه ولم يثبت فيه ، أو خواصر وهو : ما وقع في أحد جانبي الغرض تقيدت بذلك . وإن شرطا إصابة موضع من الغرض كالدائرة فيه تقيد به).

أما كون إطلاق الإصابة يتناولها على أي صفة كانت ؛ فلأن أي صفة كانت تدخل تحت مسمى الإصابة.

وأما كون قولهما: خواصل تأكيداً فلما ذكر المصنف من أنها اسم للإصابة كيف ما كانت.

وأما كون الإصابة تتقيد بقولهما: خواسق أو خوارق أو خواصر ، أو شرطهما إصابة موضع من الغرض كالدائرة ؛ فلأن الغرض يختلف باختلاف ذلك فوجب أن تتقيد المناضلة به تحصيلاً للغرض.

ولأنه وصف وقع العقد عليه فوجب أن يتقيد به ضرورة الوفاء بموجبه.

وأما معنى كل واحد من الألفاظ المذكورة فكما ذكر المصنف رحمه الله.

قال: (الرابع: معرفة قدر الغرض : طوله ، وعرضه ، وسمكه ، وارتفاعه من الأرض).

أما كون الرابع من الشروط المذكورة: معرفة قدر الغرض طوله وعرضه وسمكه وارتفاعه من الأرض ؛ فلأن الإصابة تختلف باختلاف ذلك ، فوجب العلم به . أشبه تعيين النوع.

وأما قول المصنف رحمه الله: طوله وعرضه وسمكه وارتفاعه من الأرض فبيان لقدر الغرض.

وأما معنى ذلك كله فمعلوم لأهله.

قال: (وإن تشاحّا في المبتدأ بالرمي أقرع بينهما . وقيل : يُقدم من له مزية بإخراج السبق . وإذا بدأ أحدهما في وجه بدأ الآخر في الثاني).

أما كونه يقرع بينهما مع التشاح على المذهب ؛ فلأنه يميز ما أشكل.

ولأن مقتضى العقد التساوي والقرعة مشروعة[1] عند ذلك لأن تقديم أحدهما من غير قرعة ترجيح من غير مرجح.

وأما كونه يقدم من له مزية بإخراج السبق على وجهٍ ؛ فلأن له نوعاً من الترجيح فيجب أن يقدم به.

فعلى هذا إن كان العوض من أحدهما قدم صاحبه ، وإن كان العوض من أجنبي قَدَّم صاحبُ العوض من شاء منهما.

قال صاحب النهاية فيها: الصحيح أنه لا يبدأ أحدهما إلا بالقرعة لأن العقد موضوع على أن لا يفضل صاحب السبق على صاحبه.

وأما كون أحدهما يبدأ في الوجه الثاني إذا بدأ صاحبه في الأول فلتحصل المساواة بينهما.

قال: (والسنة أن يكون لهما غرضان إذا بدأ أحدهما بغرض بدأ الآخر بالثاني).

أما كون السنة أن يكون للمتناضلين غرضان يرميان إلى أحدهما ثم يمضيان فيأخذان السهام ثم يرميان إلى الغرض الآخر ؛ فلأن ذلك فعل أصحاب رسول الله ﷺ ، وكذلك روي أن النبي ﷺ قال: « ما بين الغرضين روضة من رياض الجنة »[2].

وقال إبراهيم التيمي: « رأيتُ حذيفةَ يشتدّ بين الغرضينِ يقولُ: أنا بها »[3].

وعن ابن عمر مثله[1].

---

(١) في هـ: مشرعة.

(٢) أخرجه الديلمي في الفردوس بمأثور الخطاب (٢٢٤٥) ٢: ٤٣ عن أبي هريرة : « تعلموا الرمي . فإن ما بين الهدفين روضة من رياض الجنة » .

(٣) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (٢٤٥٨) ٢: ١٧٣ كتاب الجهاد، باب ما جاء في الرمي وفضله.

ويروى «أن أصحاب رسول الله ﷺ كانوا يشتدون بين الأغراض . يضحك بعضهم إلى بعض».

وعن عمر: «علموا أولادكم الرمي والمشي بين الغرضين»[٢].

وأما كون أحد المتناضلين يبدأ بالغرض الثاني إذا بدأ صاحبه بالغرض الآخر فلتحصل المساواة بينهما.

وفي قول المصنف رحمه الله: والسنة أن يكون لهما غرضان تنبيه على أن الغرض لو كان واحداً جاز . وهو صحيح ؛ لأن الغرض معرفة حذق الرماة ، وذلك حاصل بالغرض الواحد.

قال: (وإذا أطارت الريح الغرض فوقع السهم موضعه فإن كان شرطهم خواصل احتسب به ، وإن كان خواسق لم يحتسب له به ولا عليه).

أما كونه يحتسب بالسهم الواقع موضع الغرض مع كون الشرط خواصل ؛ فلأن الشرط الإصابة ولو كان الغرض في موضعه لأصابه.

وأما كونه لا يحتسب له به ولا عليه مع كون الشرط خواسق ؛ فلأن الشرط أن يثبت فيه ، ولو كان الغرض في موضعه لاحتمل أن يثبت فيه وأن لا يثبت.

قال: (وإن عرض عارض من كسر قوس ، أو قطع وتر ، أو ريح شديدة لم يحتسب عليه بالسهم . وإن عرض مطر ، أو ظلمة جاز تأخير الرمي . ويكره للأمين والشهود مدح أحدهما ؛ لما فيه من كسر قلب صاحبه).

أما كونه لا يحتسب على الرامي بالسهم مع عارض كسر قوس ، أو قطع وتر ، أو اشتداد[٣] ريح ؛ فلأن الخطأ للعارض لا لسوء رميه.

ومفهوم قوله: لم يحتسب عليه أنه لو أصاب مع العارض حسب له لتحقق الشرط.

وقال في المغني: لا يحتسب له كما لا يحتسب عليه.

---

(١) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (٢٤٥٩) الموضع السابق.

(٢) لم أقف عليه هكذا . وقد أخرج ابن حبان عن أبي عثمان : «أتانا كتاب عمر . ونحن مع عتبة بن فرقد بأذربيجان . فذكر الحديث . وفيه : وارموا الأغراض ، وامشوا بين الهدفين» . (٥٤٣٠) ٧: ٤٠١.

(٣) ساقط من هـ.

ولأن الريح الشديدة كما يجوز أن تصرف السهم الشديد فيخطئ يجوز أن تصرف السهم المخطئ عن خطئه فيقع مصيباً فتكون إصابته بالريح لا بالحذق . و لم يحك غيره.

وأما كونه يجوز تأخير الرمي إذا عرض مطر أو ظلمة ؛ فلأن ذلك عذر لا يمكن معه فعل المعقود عليه.

وأما كونه يكره مدح الأمين والشهود لأحد المتناضلين ؛ فلما ذكر المصنف رحمه الله من كسر قلب صاحبه.

انتهى بعون الله تعالى الجزء الثاني

ويتلوه الجزء الثالث وأوله كتاب العارية

المحتويات